

**Die Zulässigkeit des Verzichtes
auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe**

**Von
Heribert Glass
aus
Radautz/Rumänien**



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548210_0003

Die Zulässigkeit des Verzichtes
auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe.

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen



vorgelegt von
Heribert Glass
aus Radautz/Rumänien

Approbiert am: 22. Juli 1959

Referent: Professor Dr.Schnorr v.Carolsfeld
Dekan: Professor Dr.Hubmann

Dem Andenken
meines Vaters

I N H A L T S Ü B E R S I C H T.

E R S T E R T E I L.

A. Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe.	
Die Begriffe.....	1
B. Die Lehre vom Verzicht.	
I. Vorbemerkung.....	4
II. Der Verzicht im Privatrecht.....	4
III. Der Verzicht im öffentlichen Recht.....	9
IV. Der Verzicht im Sozialversicherungs- recht.....	16
V. Beschränkung der Erörterung auf Unwirk- samkeitsgründe, die sich aus der besonderen Eigenart der Ansprüche auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe ergeben.....	19

Z W E I T E R T E I L.

E R S T E R A B S C H N I T T.

Der Verzicht auf die Familienzuschläge.

I. Vorbemerkung.....	21
II. Hauptbetrag und Familienzuschläge als Bestandteile des einheitlichen Anspruches auf Arbeitslosengeld. Konsequenzen die sich hieraus für die Anspruchs- bzw. Antragsbe- rechtigung ergeben.....	21

III. Die Regelung der Zweckbestimmung der Familienzuschläge durch das Gesetz.....	23
IV. Die Gewährleistung der Realisierung dieser Zweckbestimmung durch § 181 Abs.3 AVAVG.....	23
V. Die Familienzuschläge als soziale Zusatzleistungen.....	25
VI. Gründe der Unwirksamkeit des Ver- zichtes auf Familienzuschläge beim Arbeitslosengeld.....	27
VII. Der Verzicht auf Familienzuschläge in der Rechtsprechung des Reichsver- sicherungsamtes.....	29
VIII. Der Verzicht auf Familienzuschläge bei der Arbeitslosenhilfe.....	32
IX. Die Unverzichtbarkeit der Familien- zuschläge als Teilergebnis.....	33

Z W E I T E R A B S C H N I T T .

Der Verzicht auf die Hauptbeträge. Vorbemerkung.....	35
---	----

Erster Unterabschnitt.

I. Rechtsprechung und Schrifttum zur Frage des Verzichtes auf Leistungen aus der Sozialversicherung.....	36
1. In der Krankenversicherung.....	36
2. In der Unfallversicherung.....	40
3. In der Rentenversicherung der Arbeiter und Angestellten.....	42
4. In der Arbeitslosenversicherung.....	46

II. Rechtsprechung und Schrifttum zur Frage des Verzichtes auf Leistungen aus der Kriegsopferversorgung.....	48
III. Die Bedeutung der von der Rechtsprechung und vom Schrifttum entwickelten Auffassungen zur Frage des Leistungsverzichtes in der Sozialversicherung für die Verzichtbarkeit des Arbeitslosengeldes.....	50
1. Die Hauptgrundsätze über den Leistungsverzicht.....	50
2. Die Geltung dieser Grundsätze auf dem Gebiet der Arbeitslosenversicherung.....	53
3. Das Fazit, das sich aus der Untersuchung der unter 1. herausgestellten Grundsätze in Bezug auf die Verzichtbarkeit von Leistungen aus der Sozialversicherung und damit auch des Arbeitslosengeldes ziehen lässt.....	74
IV. Zur Frage des Verzichtes auf die Hauptbeträge bei der Arbeitslosenhilfe.....	75

Zweiter Unterabschnitt.

Die Rechtsnatur der Ansprüche auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe.

A. Vorbemerkung.....	77
B. Das subjektive öffentliche Recht.....	78
I. Begriff und Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts.....	78
1. Einzelindividuum und Hoheitsträger als mögliche Inhaber subjektiver öffentlicher Rechte.....	78

2. Möglichkeit und Voraussetzungen subjektiver öffentlicher Rechte gegen den Staat.....	79
3. Das "subjektive Recht" als gemeinsamer Oberbegriff des subjektiven privaten und des subjektiven öffentlichen Rechts.....	82
4. Privates und öffentliches Recht.....	85
5. Das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts.....	92
6. Die Theorie G.Jellineks über das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts.....	95
II. Subjektives öffentliches Recht und Einzelbefugnis.....	99
III. Subjektives öffentliches Recht und Status.....	101
C. Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe als subjektive öffentliche Rechte.....	104
I. Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe als Ansprüche aus einem Subordinationsverhältnis.....	104
II. Subjektives öffentliches Recht und Einzelbefugnis beim Arbeitslosengeld und bei der Arbeitslosenhilfe.....	107

Dritter Unterabschnitt.

Die Verzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte unter besonderer Berücksichtigung der Ansprüche auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe.

A. Allgemeines.....	109
B. Die Verzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte in der Literatur.....	109

I. Die Auffassung von der grundsätzlichen Unverzichtbarkeit.....	110
II. Die Auffassung von der grundsätzlichen Verzichtbarkeit.....	115
III. Die Mittelmeinung.....	117
C. Die eigene Auffassung über die Verzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte vermögensrechtlicher Art insbesondere des Arbeitslosengeldes und der Arbeitslosenhilfe.....	119
I. Die Verfügungsbefugnis als eine ausserhalb jedes subjektiven Rechtes liegende besondere Befugnis.....	119
II. Kritische Stellungnahme zu den in der Lehre entwickelten Gründen für die Verzichtbarkeit bzw. Unverzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte.....	122
III. Gründe der Unverzichtbarkeit des subjektiven öffentlichen Rechtes auf Arbeitslosengeld.....	127
1. Unverzichtbarkeit wenn als Folge des Verzichtes Hilfsbedürftigkeit des Verzichtenden eintreten würde.....	127
2. Gründe der Unverzichtbarkeit in allen sonstigen Fällen. Das sozialstaatliche Prinzip als entscheidender Grund für die Unverzichtbarkeit des Arbeitslosengeldes überhaupt.....	129
IV. Gründe der Unverzichtbarkeit des subjektiven öffentlichen Rechtes auf Arbeitslosenhilfe.....	142
V. Gründe der Unverzichtbarkeit der aus den subjektiven öffentlichen Rechten auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe fliessenden Einzelbefugnisse.....	144
VI. Ergebnis der Arbeit.....	148
VII. Die praktischen Folgen.....	148

Schrifttumsverzeichnis.

Zitiert werden die Verfasser grundsätzlich mit dem Nachnamen. Wo eine besondere Zitierweise erforderlich ist, wird dies in Klammern vermerkt.

Adamowich Ludwig, Handbuch des Österreichischen Verwaltungsrechts, 5. Neub. Auflage, 1. Band, Wien 1954.

Adler Waldemar, Gedanken zur Sozialpolitik, in Festschrift für Dr. Johannes Krohn, herausgegeben von Dr. Dr. Walter Rohrbeck, Berlin 1954.

Apelt Willibald, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Leipzig 1920.

Appelius, Muss die Landesversicherungsanstalt den Verzicht des Empfängers einer Invalidenrente annehmen?, in MfAAV 1915, Sp. 192ff.

Arendts Carl, Gesetz über die Versorgung der Militärpersonen und ihrer Hinterbliebenen, 2. Neub. Auflage, Berlin 1929.

Arendts-Fuisting, Verfahren in Versorgungssachen, 2. Auflage, Berlin 1928.

Bachof Otto, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951 (Bachof, Vornahmeklage).

..... Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz, in SJZ 1949, Sp. 377ff (Bachof, SJZ).

..... Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in Gedächtnisschrift für W. Jellinek; München 1955 (Bachof, Gedächtnisschrift).

..... Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in VVDStRL Heft 12 (Bachof VVDStRL).

Baumbach-Lauterbach, Zivilprozessordnung, 25. Neub. Auflage, München und Berlin 1958.

Baumgarten Gottfried, Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess, Berlin und Frankfurt a. M. 1957.

Berger Emil, Die Reichsabgabenordnung, Straubing 1955.

Bettermann Karl August, Verwaltungsgerichtliche Generalklausel, ordentlicher Rechtsweg und nichtiger Verwaltungsakt, in MDR 1949 S. 394ff (Bettermann MDR).

..... Verwaltungsakt und Richterspruch, in Gedächtnisschrift für W. Jellinek, München 1955 (Bettermann Gedächtnisschrift).

- Bornhak Konrad, Preussisches Staatsrecht, 2. Auflage, Band I, Breslau 1911.
- Brackmann Kurt, Handbuch der Sozialversicherung, Band I und II, Bad Godesberg, Stand vom 15.2.1959 (Brackmann I und II).
- Brodhun-Strippel, Arbeitslosenversicherung, Frankfurt a.M. 1957.
- Brüggemann Wilhelm, Antrag und Anspruch im BVG, in ZfS 1952 S.203ff.
- Bühler Ottmar, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin Stuttgart Leipzig 1914.
- Aites und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte, in Gedächtnisschrift für W. Jellinek, München 1955 (Bühler Gedächtnisschrift).
- Steuerrecht, Band I, 2. Neub. Auflage, Wiesbaden 1953 (Bühler Steuerrecht).
- Bültmann, Der Verzicht in der Krankenversicherung, in OKK 1934 S.353.
- Der Leistungsverzicht in der Krankenversicherung, in SV 1950 S.234ff.
- du Chesne, Begriff und Arten des Verzichtes, in Arch. f. Bürgerl. Recht Bd.42.
- Cohn L, Erlass und Verzicht nach dem BGB, in Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts Bd.47.
- Donnerhack Herbert, Die Arbeitslosenversicherung in dem Verfahren nach dem Sozialgerichtsgesetz, in SV 1954 S.5ff.
- Döhring Karl, Der Verzicht im öffentlichen Recht, Diss. Greifswald 1916.
- Draeger Kurt, Aufgaben und Grenzen der Selbstverwaltung der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, in AA 1952 S.1ff.
- Drittler, Anerkennung, Verzicht, Vergleich, Zurücknahme des Rechtsmittels im Versorgungssprachverfahren, in VB 1931 S.56ff.
- Dürig Günter, Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, in JZ 1953 S.193ff (Dürig JZ).
- Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in Festschrift für Hans Nawiasky, München 1956 (Dürig Festschrift).
- Besprechung von Christian-Friedrich Menger: Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, in AöR Bd.79 S.254ff (Dürig AöR).
- Düttmann-Appellius-Brunn-v. Frankenberg-Lange-Meinell-Saucke-Seelmann, Kommentar zur RVO, 1. Band, 2. Auflage, Altenburg 1920 (Düttmann-Seelmann).

Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 14. Bearbeitung, Tübingen 1954.

Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 14. Neub. Auflage,
1. Band, 1. Halbband, Tübingen 1952 (Enneccerus-Nipperdey I 1),
1. Band, 2. Halbband, Tübingen 1955 (Enneccerus-Nipperdey I 2).

Entscheidungen des Bundessozialgerichtes, herausgegeben von seinen Richtern,
Band 3, Köln und Berlin 1957,
Band 7, Köln und Berlin 1958 (Entsch. BSG).

Ernst Werner, Der Verzicht auf subjektive öffentliche Rechte, Diss. Rostock 1933.

Fechner Erich, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, in Recht und Staat, Heft 174, Tübingen 1953 (Fechner Recht und Staat).

..... Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht, in RdA 1955 S. 161 ff (Fechner RdA).

Fischbach Oskar Georg, Bundesbeamtengesetz, 2. Neub. und verm. Auflage, Köln-Berlin 1956.

Fischer, Kommentar zum Gesetz vom 16. Juli 1927 über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, Stuttgart 1928.

Fischer Werner, Der Verzicht auf vermögensrechtliche Ansprüche im Verwaltungsrecht, in Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, herausgegeben von der Leipziger Juristen-Fakultät, Heft 55, Leipzig 1930 (Fischer, Verzicht).

Fleiner Fritz, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 7. und 8. veränd. Auflage, Leipzig 1931.

Fleischauer Walter, Hat der Vergleich zwischen Berufsgenossenschaft und Arbeiter eine Existenzberechtigung?, in AV 1932 S. 333 ff.

Forsthoff Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band, 6. Neub. Auflage, München und Berlin 1956.

..... Verfassungsprobleme des Sozialstaates, Münster 1954 (Forsthoff Verfassungsprobleme).

..... Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in VVDStRL Heft 12 S. 8 ff (Forsthoff VVDStRL).

Fuisting, Zum Begriff und Wesen des Verzichtes in der Sozialversicherung, in AV 1932 S. 433 ff.

Gerber Hans, Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, in AÖR Bd. 81 S. 1 f.

Giese Friedrich, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. erw. Auflage, Frankfurt a. M. 1953.

Gotzen Otfried, Aufbau und Funktion der Selbstverwaltung in der Bundesanstalt, in AA 1952 S. 85 ff.

- Grätzer Paul, Die clausula rebus sic stantibus beim öffentlich-rechtlichen Vertrag, Diss. Zürich 1953.
- Grewe Wilhelm, Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes, in DRZ 1949 S.349ff (Grewe DRZ).
- Die Bundesrepublik als Rechtsstaat, in DRZ 1949 S.392ff (Grewe DRZ).
- Der Begriff des "sozialen Staates" in der deutschen Verfassungsentwicklung, in AG Nr.24/1 1950/51 S.39ff (Grewe AG).
- Gunkel, Der Schadenersatzanspruch des Versicherten bei Nichtinanspruchnahme der Versicherungsträger, in AV 1940 S.184ff.
- Hahn, Zur Frage der Zulässigkeit von Vergleichen zwischen den Trägern der Versicherung und den Versicherten, in AV 1901 S.405ff.
- Hahn-Kühne, Handbuch der Krankenversicherung, 10. und 11. Auflage, Berlin 1929.
- Handbuch der Unfallversicherung, dargestellt von Mitgliedern des Reichsversicherungsamtes, 1. Band, Leipzig 1908.
- Hanow Hugo, Reichsversicherungsordnung, 1. Buch, 5. Neub. Auflage, Berlin 1926.
- Hanow-Lehmann, Reichsversicherungsordnung, 4. Buch, 4. Neub. Auflage, Berlin 1925.
- Hartrath Heinrich, Über die Frage der Zulässigkeit des Verzichtes auf Rente, in ZfS 1950 S.191ff.
- Hastler Hanns, Aufbau und Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit, Bad Godesberg 1957.
- Hatschek Julius, Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, 7. und 8. veränd. Auflage, Leipzig 1931.
- Henkelmann Walter, Die Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung. Köln 1952.
- Hensel Albert, Steuerrecht, 3. völlig Neub. Auflage, Berlin 1933.
- Hoffmann Franz, Das Krankenversicherungsgesetz, Berlin 1908 (Hoffmann KVG).
- Hoffmann Franz, Reichsversicherungsordnung, 2. Buch, 7. Neub. Auflage, Berlin 1927 (Hoffmann RVO).
- Hofmann-Kreil, Krankenversicherung, 9. völlig Neub. Auflage, Berlin 1939.
- Hofmann-Schroeter, Kommentar zum Sozialgerichtsgesetz, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt a. Main 1957.
- Huber Ernst Rudolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Neub. und erw. Auflage, 1. Band, Tübingen 1953, 2. Band, Tübingen 1954 (Huber I bzw. II).

- Hueck Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. völlig Neub.
Auflage, 2. Band, Berlin und Frankfurt am Main 1957.
- Ipsen Hans Peter, Anmerkung zu dem Beschluss des BVerfGer.
vom 19.12.1951 in DÖV 1952 S.217f (Ipsen DÖV).
- Enteignung und Sozialisierung, in VVDStRL Heft
10 S.74ff (Ipsen VVDStRL).
- Jacobi Erwin, Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927.
- Jantz-Zweng, Das neue Recht der Rentenversicherung der Ar-
beiter und Angestellten, Stuttgart 1957.
- Jehle Otto, Fürsorgerecht, 2. wesentlich erw. Auflage, München
1954.
- Jaschkowitz, Zur Frage des Verzichtes auf vermögensrechtli-
che Ansprüche der Beamten, in JW 1927 S.2842f.
- Jellinek Georg, Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, Berlin
1930 (G. Jellinek Allg. Staatslehre).
- System der subjektiven öffentlichen Rechte,
2. durchges. und verm. Auflage, anastatischer Neu-
druck der Ausgabe von 1905, Tübingen 1919
(G. Jellinek System).
- Jellinek Walter, Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Offenburg 1948
(W. Jellinek Verw. Recht).
- Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeits-
erwägung, Tübingen 1913 (W. Jellinek Gesetz).
- Imboden Max, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Basel 1958.
- Kammertöns Johannes, Die knappschaftliche Rentenversiche-
rung, Köln 1952.
- Kelsen Hans, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925 (Kelsen
Allg. Staatslehre).
- Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft,
in AÖR Bd. 31 S.190ff (Kelsen AÖR).
- Klein Friedrich, Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, in ZgesStW
Bd. 106 S.390ff.
- Koch-Hartmann-Altrock-Furst, Das Angestelltenversicherungs-
gesetz, 3 Bände, 2. Auflage, Berlin Stand vom Februar
1959 (Koch-Hartmann I, II bzw. III).
- Knoll Ernst, Die sozialethischen und rechtlichen Wandlungen
in der Beurteilung des Armenwesens, in ZgesStW
Bd. 111 S.418ff.
- Knoll-Peters, Die grundsatzlichen Entscheidungen des Reichs-
versicherungsamtes, 3 Bände, Stuttgart und Köln
1952 (Bd. 1-2) u. 1953 (Bd. 3), (Knoll-Peters I, II bzw.
III).
- v. Köhler Ludwig, Grundlehren des Deutschen Verwaltungs-
rechtes, 2. unv. Neudruck, Stuttgart-Berlin 1936.
- Kommentar zur Reichsversicherungsordnung, 4. und 5. Buch, heraus-
gegeben vom Reichsverband Deutscher Landesver-
sicherungsanstalten, Kassel 1935.

- Kommentar zur RVO, 4. und 5. Buch, 5. Auflage, Lengerich/Westfalen 1954, herausgegeben vom Verband Deutscher Rentenversicherungsträger (Verbanskomm. zur RVO).
- Kommentar von Reichsversorgungsbeamten zum Reichsversorgungsgesetz, Berlin 1929 (Komm. z. RVGes. von Reichsversorgungsbeamten).
- Köster, Der Verzicht im Beamten-, Versorgungs- und Sozialrecht, in AV 1940 S. 429ff.
- Krebs Heinrich, Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, 1. Auflage, München Berlin 1957.
- Kreil, Ist ein Verzicht auf Leistungen der Sozialversicherung möglich?, in AV 1936 S. 117ff.
- Kronn-Zschimmer-Knoll-Sauerborn-Bauer, Handkommentar zur RVO, Band 2, Berlin 1943 (Kronn-Zschimmer).
- Kruger B., Die juristische Person des öffentlichen Rechts, in DÖV 1951 S. 263ff.
- Kuck Karl Heinz, Die dreistufige Selbstverwaltung in der Bundesanstalt, in AA 1954 S. 333ff.
- Kühn Rolf, Reichsabgabenordnung, 4. Neub. Auflage, Stuttgart 1956.
- Kühne Bruno, Krankenversicherung, 2. verm. und verb. Auflage, Berlin 1939.
- Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, 2. Neub. und erw. Auflage, München und Berlin 1957 (Larenz I).
- Laube Horst, Antrag und Anspruch im BVG, in ZfS 1952 S. 257.
- Lauterbach Herbert, Unfallversicherung, 3. und 5. Buch der RVO, Stuttgart und Köln 1954.
- Leippert Max, Der Verzicht auf subjektive öffentliche Rechte mit besonderer Berücksichtigung des Verzichts auf Leistungen aus der Sozialversicherung, Diss. Freiburg/Schw. 1953.
- Lieske, Verzicht auf Kassenleistungen?, in VZ 1931 S. 326ff.
- Lucking Karl, Die Selbstverwaltung in der Bundesanstalt, in AA 1955 S. 179ff.
- Mang Johann, Verwaltungsrecht in Bayern, I. Band, München 1952.
- v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Neub. Auflage, Band I, Berlin und Frankfurt a.M. 1957.
- Maunz, Zur Frage der Verzichtbarkeit öffentlicher Rechte, in Bayer. GemZ. 1927 Sp. 241ff.
- Mattstedt, Der Verzicht auf die Rente, in DIV 1935 S. 42ff.
- Meissels Leo, Zur Lehre vom Verzicht, in Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht, Bd. 18 S. 605ff, Bd. 19 S. 1ff.
- Menger Christian-Friedrich, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, Tübingen 1953.
- Mellwitz Artur, Kommentar zum Sozialgerichtsgesetz, 1. Auflage, München und Berlin 1950.

- Merkel Adolf, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien und Berlin 1927.
- Metz Matthias, Das Deutsche Steuerrecht, Band I, 2. Neub. Auflage, Stuttgart und München 1950.
- Mayer Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. und 2. Band, 3. Auflage, München und Leipzig 1924.
- Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Auflage, 1. Teil, München und Leipzig 1914.
- Miesbach-Ankenbrank, Sozialgerichtsgesetz, Frankfurt a.M. 1954.
- Miesbach-Busch, Reichsknappschaftsgesetz mit ergänzenden Vorschriften und Erläuterungen, München und Berlin Stand vom 1.5.1959.
- Mirbt Hermann, Grundriss des deutschen und preussischen Steuerrechts, Leipzig Erlangen 1926.
- Molitor Erich, Über öffentliches Recht und Privatrecht, Karlsruhe 1949.
- Morsey, Verzicht auf Kassenleistungen, in BKK 1957 Sp. 502ff.
- Müller Gerhard, Der Gedanke des sozialen Staates in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes, in DB 1956 S. 524-527 und 549-551.
- Nawiasky Hans, Allgemeine Rechtslehre, 2. durchgearb. und erw. Auflage, Einsiedeln/Zürich/Köln 1948 (Nawiasky Allg. Rechtslehre).
- Allgemeine Staatslehre, 3. Teil, Einsiedeln/Zürich/Köln 1956 (Nawiasky Allg. Staatslehre).
- Positives und überpositives Recht, in JZ 1954 S. 717ff.
- Nawiasky-Léchner, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Ergänzungsband zum Handkommentar, München 1953.
- Nebinger Robert, Verwaltungsrecht, 2. erw. Auflage, Stuttgart 1949.
- Nipperdey, Beitrag zur Aussprache auf der Bonner Staatsrechtslehrertagung 1953, VVDStRL Heft 12 S. 85ff.
- van Nuis-Vorberg, Das Recht der Kriegsbeschädigten und Kriegshinterbliebenen, II. Teil, Herford 1955, VI. Teil Herford 1958 (van Nuis-Vorberg II bzw. VI).
- Olshausen, Schulte-Holthausen, Verfahren in Versorgungssachen, 3. Auflage, München Berlin und Leipzig 1928.
- Pagel, Zur Frage des Verzichtes in der Sozialversicherung. Rentenverzicht in fraudulöser Absicht, in AV 1932 S. 525.
- Paul, Zur Frage des Verzichtes auf Kassenleistungen, in BKK 1934 S. 418f.
- Peters Hans, Lehrbuch der Verwaltung, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949.

- Peters Horst, Handbuch der Krankenversicherung, 16. Auflage, Teil I und II, Stuttgart 1959 (Peters, Krankenversicherung Teil I und II).
- Peters-Sautter-Wolff, Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, 2. Auflage, Stuttgart und Köln Stand vom März 1958.
- Reichsgerichtsratskommentar zum BGB, I. Band, 10. Auflage, Berlin 1953 (RGR-Kommentar I).
- Reichsversicherungsordnung mit Anmerkungen, herausgegeben von Mitgliedern des Reichsversicherungsamtes, Band I, 1. Auflage, Berlin 1927 (Mitglieder Komm. zur RVO).
- Reuss Max, Das Preussische Berggesetz, 4. erg. Auflage, Berlin 1926.
- Richter Lutz, Das subjektive öffentliche Recht, in AÖR Bd. 47 S. 1ff.
- Sozialversicherungsrecht, Berlin 1931 (Richter Sozialversicherungsrecht).
- Riewald Alfred, Reichsabgabenordnung und Steueranpassungsgesetz, Teil I, Berlin 1941.
- Röitzsch Wilhelm, Freiwilliger, zeitweiser Verzicht auf Unterstützung, in "Der öffentliche Arbeitsnachweis, Abteilung: Die Arbeitslosenversicherung" 1930-31 S. 147.
- Rosenberg Leo, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, 7. Neub. Auflage, München und Berlin 1956.
- Rosin Heinrich, Das Recht der Arbeitsversicherung, 2. Band, Berlin 1905 (Rosin II).
- Saalfeld Bernhard, Der Verzicht von Einzelpersonen im öffentlichen Recht, Diss. Greifswald 1919.
- Salzwedel Jürgen, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlichrechtlichen Vertrages, Berlin 1958.
- Scheuble Julius, Arbeitslosenversicherung und Arbeitslosenhilfe, in Staatslexikon Bd. 1, Sp. 460ff, 6. völlig Neub. und erw. Auflage, Freiburg 1957.
- Scheuner Ulrich, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, in VVDStRL Heft 11 S. 1ff.
- Grundfragen des modernen Staates, in RSW Bd. III S. 154ff, Düsseldorf 1951.
- Schieckel, Der Verzicht auf die Rente, in DiV 1934 S. 144f.
- Schieckel Horst, Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, Band 1, München Stand vom 15.1.1959.
- Schmeisser Herbert, Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, 1. Band, Berlin und Leipzig 1931 (Schmeisser I).
- Schoenborn Walther, Studien zur Lehre vom Verzicht im öffentlichen Recht, Tübingen 1908.

- Schnorr v.Carolsfeld Ludwig,Arbeitsrecht,2.neub.Auflage,
Göttingen 1954.
- Beiträge zur Lehre vom Vergleich,Breslau 1929
(Schnorr v.Carolsfeld Vergleich).
- Probleme des internationalen Arbeitsrechts,
RdA 1958 S.201ff.
- Scholmann,Der Verzicht auf Versorgung und Versorgungsgebühren,
in ZfS 1955 S.4ff.
- Schönleiter,Bundesversorgungsgesetz,Stuttgart und Köln
1953.
- Schraeder-Schulte-Brucker,Die Deutsche Krankenversicherung,
Band 1,Berlin,Stand vom November 1942.
- Schulz Georg,Der Verzicht auf die festgestellte Unfallrente,
in BG 1936 S.88ff.
- Schulz-Hartmann,Das Angestelltenversicherungsgesetz,
Berlin 1925.
- Schwankhart,Wann entsteht der Versorgungsanspruch?,in SG
1957 S.193ff und 203ff.
- Sinthauss Bodo,Die Begriffe Antrag und Anmeldung im BVG,
in ZfS 1952 S.280.
- Soergel Hs.Th.,Bürgerliches Gesetzbuch,1.und 2.Band,8.neub.
Auflage,Stuttgart und Köln 1952(Soergel I bzw.II).
- Sozialrecht,Rechtsprechung und Schrifttum,bearbeitet von
den Richtern des Bundessozialgerichtes,Teil B,
Arbeitslosenversicherung,Bd.1,Köln und Berlin
1957(Sozialrecht,Teil B Arbeitslosenversicherung).
- Splidt-Broecker,Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeits-
losenversicherung,4.Auflage,Berlin 1929.
- Stamm Albert,Zur Verwirklichung des sozialstaatlichen Prin-
zips,in JZ 1955 S.149ff.
- v.Staudinger,Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem
Einführungsgesetz,
I.Band,11.neub.Auflage,Berlin 1957(Staudinger I).
II.Band,1.Teil,9.neub.Auflage,München Berlin und
Leipzig 1930(Staudinger II 1).
II.Band,3.Teil,9.neub.Auflage,München Berlin und
Leipzig 1929(Staudinger II 3).
- Stein-Jonas-Schönke,Kommentar zur Zivilprozessordnung,
1.und 2.Band,Tübingen 1953(Stein-Jonas-Schönke
I bzw.II).
- Stelzig Reinhardt,Die Rechtsnatur der Sozialversicherung,
in Schriftenreihe des Instituts für Arbeitsrecht
an der Universität Leipzig,herausgegeben von
Prof.Dr.E.Jacobi,32.Heft,Leipzig 1933.
- Stier-Somlo Fritz,Kommentar zur Reichsversicherungsord-
nung,1.Band,Berlin 1915(Stier-Somlo 1915)
- Reichsversicherungsordnung,3.Auflage,Köln 1929
(Stier-Somlo 1929).

- Arbeitsvermittlungs- und Arbeitslosenversicherungs-
gesetz, München 1928 (Stier-Somlo AVAVG).
- Thannheiser-Wende-Zech, Handbuch des Bundesversorgungsrechts,
Band 1 und 2, München 1956 (Thannheiser-Wende-Zech
Band 1 bzw. 2).
- Thielmann Hans, Die Knappschaftsversicherung, 4. Neub. Auflage,
Bad Godesberg 1958.
- Tezner Friedrich, System der subjektiven öffentlichen Rech-
te von Prof. Dr. G. Jellinek, in Granhuts Zeitschrift
Bd. 21 S. 107ff.
- Anschutz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Band,
Tübingen 1932, darin: Thoma, Das System der subjek-
tiven öffentlichen Rechte und Pflichten, S. 607ff.
- Trutzer K., Das Invalidenversicherungsgesetz, Ansbach 1907.
- v. Turegg Kurt Egon, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Neub.
Auflage, Berlin 1950.
- Völz Heinz, Der Verzicht auf den Versorgungsanspruch im
allgemeinen und seine Auswirkung auf die Heil-
behandlung im besonderen, in SV 1955 S. 215ff.
- Vorberg, Die Rechtsnatur der Verwaltungsvorschriften zum
Bundesversorgungsgesetz, in ZfS 1953 S. 163ff.
- Walsmann Hans, Der Verzicht. Leipzig 1912.
- Wassermann Rudolf, Der Verzicht auf subjektive öffentliche
Rechte, in AöR Bd. 28 S. 201ff.
- Weigert Oskar, Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeits-
losenversicherung, Berlin 1926.
- Werner Fritz, Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtspre-
chung, in AöR Bd. 81 S. 84ff.
- Wernicke K. G., Erläuterungen zu Art. 20 GG im Kommentar zum
Grundgesetz (Bonner Kommentar), Hamburg 1950.
- Weymann Konrad, Reichsversicherungsordnung, 3. Band, 2. unveränd.
Auflage, Berlin 1912.
- Wilrodt Hermann, Der organisatorische Aufbau der Bundesan-
stalt, in AA 1952 S. 88ff.
- Woedtke-Caspar, Unfallversicherungsgesetze, 5. Auflage, Berlin
1901.
- Wolf Franz, Der Vergleich nach § 101 SGG in der Kriegs-
opferversorgung, in KOV 1955 S. 147ff.
- Wolff Hans J., Der Unterschied zwischen öffentlichem und
privatem Recht, in AöR Bd. 70 S. 205ff.
- Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearbeitung, Tübingen 1957.
- Entwurf der Reichsversicherungsordnung, Drucksache 340 des
Deutschen Reichstages, 12. Legislaturperiode,
2. Session 1909-10.
- Bericht der 16. Kommission über den Entwurf einer RVO,
Drucksache 940 des Deutschen Reichstages, 1. Teil.

Entwurf eines Gesetzes über das Verfahren in der Sozialgerichtsbarkeit, Drucksache 4357 des Deutschen Bundestages, 1. Wahlperiode 1947.

Regierungsentwurf eines Gesetzes über Arbeitslosenversicherung, Reichstagsdrucksache 2885, 3. Wahlperiode 1924/27.

Entwurf der Bundesregierung über ein Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, Bundestagsdrucksache 1274, 2. Wahlperiode 1953.

Zweiter schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit (27. Ausschuss) über den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des AVAVG, Bundestagsdrucksache 2714, 2. Wahlperiode 1953.

Erlaß der Bundesanstalt 233/56.4.7 vom 29.6.1956, Dienstblatt A S.477 (Erlaß der BA Nr. 233/56 DBI. A S.477).

Abkürzungsverzeichnis.

a.A.	= anderer Auffassung.
AA	= Das Arbeitsamt.
aaO	= am angeführten Ort.
a.F.	= alte Fassung.
AfR	= Archiv für Reichsversicherung.
AG	= Der Arbeitgeber.
AN	= Amtliche Nachrichten des Reichsversicherungsamtes.
AV	= Die Arbeiter-Versorgung.
AVAVG	= Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung.
AVG, AnVG	= Angestelltenversicherungsgesetz.
BA	= Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung.
Bayer. GemZ.	= Bayerische Gemeinde- und Verwaltungszeitschrift.
BG	= Die Berufsgenossenschaft.
BKK	= Die Betriebskrankenkasse.
Breith.	= Breithaupt, Sammlung von Entsch. aus dem Gebiet der Sozialvers. und Versorgung.
BSG	= Bundessozialgericht.
BVB1.	= Bundesversorgungsblatt.
BVG	= Bundesversorgungsgesetz.
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht.
BVerfGE	= Entsch. des BVerfG.
DB	= Der Betrieb.
DB1A	= Dienstblatt A der BA.
DBG	= Deutsches Beamtengesetz.
DIV	= Deutsche Invalidenversicherung.
DK	= Deutsche Krankenkasse.
EuM	= Entsch. und Mitteil. des Reichsversicherungsamtes.
Entsch. BSG	= Entscheidungen des BSG, herausgegeben von seinen Richtern.
GBO	= Grundbuchordnung.
GG	= Bonner Grundgesetz.
h.M.	= Herrschende Meinung.
IVG	= Invalidenversicherungsgesetz.
JZ	= Juristenzeitung.
KOV	= Die Kriegsopferversorgung.
KVG	= Das Krankenversicherungsgesetz
LG	= Landgericht.
LSG	= Landessozialgericht.
LVA	= Landesversicherungsamt.
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht.
MfAAV	= Monatsschrift für Arbeiter- und Angestelltenversicherung.
n.F.	= neue Fassung.
OKK	= Die Ortskrankenkasse.
OVA	= Oberversicherungsamt.

OVAO	= Verordnung betreffend den Geschäftsgang und das Verfahren vor den Oberversicherungsämtern.
ÖV	= Die öffentliche Verwaltung.
PrOVG	= Preussisches Oberverwaltungsgericht.
RABl	= Reichsarbeitsblatt.
RAO	= Reichsabgabenordnung.
RdA	= Recht der Arbeit.
RGBl	= Reichsgesetzblatt.
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RSW	= Recht Staat Wirtschaft.
RVA	= Reichsversicherungsamt.
RVAO	= Verordnung betreffend den Geschäftsgang und das Verfahren vor dem Reichsversicherungsamt.
RVBl	= Reichsversicherungsblatt.
RVG	= Reichsversorgungsgericht.
RVGE	= Entsch. des Reichsversorgungsgerichts.
RVGes	= Reichsversorgungsgesetz.
RVO	= Reichsversicherungsordnung.
SG	= Die Sozialgerichtsbarkeit.
SGG	= Sozialgerichtsgesetz.
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung.
SV	= Die Sozialversicherung.
UVG	= Unfallversicherungsgesetz.
VAO	= Verordnung betreffend den Geschäftsgang und das Verfahren vor den Versicherungsämtern.
VB	= Der Versorgungsbeamte.
VGH	= Verwaltungsgerichtshof.
VO	= Verordnung.
VV	= Verwaltungsvorschriften zum Bundesversorgungsgesetz.
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer.
VZ	= Volkstümliche Zeitschrift.
ZfS	= Zentralblatt für Sozialversicherung.
ZgesStW	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft.
ZPO	= Zivilprozessordnung.

ERSTER TEIL. =====

A. Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe. Die Begriffe.

Die Arbeitslosigkeit mit all ihren tiefgreifenden Folgen für die von ihr Betroffenen macht eine Reihe von Massnahmen zur Behebung dieser Folgen erforderlich, deren Durchführung der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung in Nürnberg als zentraler Institution für alle mit der Arbeitslosigkeit zusammenhängenden Fragen obliegt. Rechtsgrundlage hierfür bildet das Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) vom 16. Juli 1927 (RGBl. I S. 187) in der Fassung des Gesetzes vom 23. Dezember 1956 (BGBl. I S. 1018) und der Bekanntmachung vom 3. April 1957 (BGBl. I S. 321).

Die zu treffenden Massnahmen sind mannigfaltig und unterscheiden sich ihrem Zweck nach grundlegend, je nachdem, ob sie darauf gerichtet sind, die Arbeitslosigkeit zu beenden und den Arbeitslosen wieder in den Arbeitsprozess einzugliedern - was sowohl vom Standpunkt der Allgemeinheit aus, als auch von dem des Arbeitslosen selbst als die vordringlichste Massnahme angesehen werden muss (1) -, oder ob sie, wenn diese Eingliederung nicht sofort gelingt, darauf hinzielen, die wirtschaftlichen Folgen der Arbeitslosigkeit auszugleichen oder doch wenigstens abzuschwächen. Dem zuletzt genannten Zweck, nämlich dem Ausgleich oder der Abschwächung der den Arbeitslosen und seine Angehörigen treffenden unmittelbaren wirtschaftlichen Folgen, die in dem durch den Verlust des Arbeitsplatzes bedingten Verdienstentgang bestehen und somit die vorgenannten Personen zunächst am empfindlichsten treffen, dient die Gewährung von Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe (früher Arbeitslosenunterstützung bzw. Arbeitslosenfürsorgeunterstützung genannt), geregelt im 3. (unter B) bzw. 5. Abschnitt des AVAVG.

Sowohl Arbeitslosengeld als auch Arbeitslosenhilfe stellen Geldleistungen an den Arbeitslosen dar, deren Voraussetzungen

1. Vgl. § 36 AVAVG.

zum Teil abweichend geregelt sind. Gemäss § 74 Abs. 1 AVAVG hat derjenige einen Anspruch auf Arbeitslosengeld, der arbeitslos ist, der der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht, der die Anwartschaftszeit erfüllt, sich beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldet und Arbeitslosengeld beantragt hat. Die Voraussetzungen der Arbeitslosenhilfe, die in § 145 Abs. 1 AVAVG geregelt sind, stimmen mit denen des Arbeitslosengeldes zum Teil überein, so, was das Erfordernis der Arbeitslosigkeit, die Arbeitslosmeldung, den Antrag auf Arbeitslosenhilfe und schliesslich das weitere Erfordernis betrifft, dass der Arbeitslose der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stehen muss. Im übrigen ergeben sich, wie schon gesagt, Abweichungen, die aus der Verschiedenheit dieser Ansprüche zu erklären sind. Während beim Anspruch auf Arbeitslosengeld die Erfüllung der Anwartschaftszeit erforderlich ist (1), wodurch dieser Anspruch als ein solcher versicherungsrechtlicher Art gekennzeichnet ist, entfällt beim Anspruch auf Arbeitslosenhilfe diese Voraussetzung, wogegen jedoch hier u. a. das weitere spezifische Erfordernis der Arbeitslosenhilfe, nämlich die Bedürftigkeit hinzutritt (2). Damit ist die Arbeitslosenhilfe als eine fürsorgerechtliche Massnahme charakterisiert. Dies ergibt sich weiter auch daraus, dass die Mittel zur Deckung des für die Durchführung der Arbeitslosenhilfe erforderlichen Aufwandes nicht wie dies bei der Arbeitslosenversicherung der Fall ist, durch Beiträge der Arbeitgeber und Arbeitnehmer (3), sondern durch den Bund, also durch die Allgemeinheit aufgebracht werden. Die Arbeitslosenhilfe ist Arbeitslosenfürsorge im Sinne des Art. 120 Abs. I GG (4). Die Leistungen der Arbeitslosenhilfe sind

-
1. Anwartschaftszeit hat erfüllt, wer in der Rahmenfrist (§ 85 Abs. 2 AVAVG) 26 Wochen oder 6 Monate in einer versicherungspflichtigen Beschäftigung gestanden hat (§ 85 Abs. 1 S. 1 AVAVG).
 2. Als weitere Voraussetzungen der Arbeitslosenhilfe sind zu beachten, dass der Arbeitslose innerhalb eines bestimmten Jahresrahmens entweder Arbeitslosengeld bezogen hat, ohne dass ihm der Anspruch nach § 83 AVAVG entzogen worden ist, oder dass er die sog. "kleine Anwartschaft" erfüllt hat.
 3. Vgl. § 157 AVAVG.
 4. Vgl. § 155 AVAVG.

jedoch nach ausdrücklicher gesetzlicher vorschrift keine Leistungen der öffentlichen Fürsorge(1).

Im übrigen ist zum Verhältnis von Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe noch zu sagen,dass letztere subsidiär ist und immer dann eingreift,wenn kein Arbeitslosengeld gezahlt werden kann,etwa weil die Anwartschaftszeit nicht erfüllt oder der Anspruch auf Arbeitslosengeld erschöpft ist.Während Arbeitslosengeld immer nur für einen begrenzten Zeitraum,der von der Dauer der versicherungspflichtigen Beschäftigung und damit auch von der Dauer der Beitragszahlung abhängt,gewährt wird(2),ist die Länge des Anspruchs auf Arbeitslosenhilfe zeitlich unbegrenzt und erlischt nur unter den in § 147 Abs.1 AVAVG aufgeführten Voraussetzungen.

Der Verzicht auf die hier umrissenen Ansprüche ist Gegenstand der Arbeit.

1. Vgl.§ 192 AVAVG.In der Tat sind die Unterschiede zwischen der öffentlichen Fürsorge und der Arbeitslosenhilfe erheblich.Zu nennen sind z.B.die abweichenden Regelungen der Bedürftigkeit nach dem AVAVG(vgl.§§ 148-150)gegenüber der Hilfsbedürftigkeit im Fürsorgerecht(vgl.§§ 5ff der Reichsgrundsätze über Voraussetzungen,Art und Mass der öffentlichen Fürsorge vom 1.8.1931),die Bemessung der Arbeitslosenhilfe nach dem Arbeitsentgelt,den wegfall der Rückzahlungspflicht bei der Arbeitslosenhilfe im Gegensatz zur öffentlichen Fürsorge und die Kranken- und Unfallversicherung bei Erhalt von Arbeitslosenhilfe,während eine derartige Versicherung bei Gewährung der öffentlichen Fürsorge wegfällt. Andererseits ist heute bei der öffentlichen Fürsorge ebenso wie bei der Arbeitslosenhilfe ein Rechtsanspruch auf die jeweiligen Leistungen gegeben(vgl.hierzu Knoll in ZgStW Bd.111 S.418ff mit zahlreichen Nachweisen).Auch werden die Leistungen sowohl der öffentlichen Fürsorge als auch der Arbeitslosenhilfe,wenn erforderlich,auf unbegrenzte Dauer gewährt. Trotz der genannten Unterschiede wird man die Arbeitslosenhilfe doch nur als eine Sonderform der öffentlichen Fürsorge für arbeitsfähige Arbeitslose ansehen müssen,deren Durchführung aus Gründen der Zweckmässigkeit der Bundesanstalt übertragen wurde,nämlich aus der Erkenntnis heraus, dass die organisatorische Verbindung von Arbeitsvermittlung und Unterstützung die beste Form der Betreuung arbeitsfähiger Arbeitsloser darstellt(vgl.Scheuble in Staatslexikon Sp.461:"In der "Verfügbarkeit für den Arbeitsmarkt" liegt zugleich ein wesentliches Abgrenzungsmerkmal für den von den Arbeitsämtern oder der öffentlichen Fürsorge zu betreuenden Personenkreis.").

2. Vgl.§ 87 AVAVG.

B. Die Lehre vom Verzicht.

I. Vorbemerkung.

Ehe in dem folgenden zweiten Teil die Wirksamkeit des verzichtes auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe untersucht werden kann, muss zunächst auf den Verzicht als solchen eingegangen werden.

Da es sich bei den Ansprüchen auf die genannten Unterstützungsleistungen um solche öffentlich-rechtlicher Art handelt(1), bedeutet dies, dass der Schwerpunkt der nun folgenden Erörterung über den Verzicht auf dem des öffentlichen Rechts liegen muss. Von einer kurzen und auf das Grundsätzliche beschränkten Darlegung des Verzichtes im Privatrecht kann jedoch in diesem Zusammenhang nicht abgesehen werden, da wir, von dieser Grundlage ausgehend, bei der besonderen Untersuchung des Verzichtes im öffentlichen Recht darauf abstellen werden, ob und gegebenenfalls mit welchen Modifikationen der zivilrechtlich doch weitgehend feststehende Verzichtsbegriff in das öffentliche Recht übernommen werden kann.

II. Der Verzicht im Privatrecht.

a) Wir sagten, dass wir den privatrechtlichen Verzichtsbegriff als Ausgangspunkt für die Fixierung des öffentlich-rechtlichen Verzichtsbegriffes nehmen wollen. Das erfordert, diese Ausgangsbasis näher zu umreißen.

In den Lehrbüchern des Privatrechts wird dem Verzicht nur wenig Raum gewidmet. Dies mag seinen Grund darin haben, dass die zivilrechtlichen Gesetze ein einheitliches Rechtsinstitut des verzichtes nicht kennen und somit diesbezügliche Betrachtungen jeweils nur im Zusammenhang mit den Einzelbestimmungen ange stellt werden, die den Begriff des Verzichtes verwenden(2). Es kann auch gar nicht unsere Aufgabe sein, die ganze literarische Bearbeitung zu beleuchten, die das Thema des Verzichtes im Privatrecht erfahren hat, wir müssen uns vielmehr, da es sich nur

1. Dies wird in dem besonderen Abschnitt über die Rechtsnatur dieser Ansprüche noch darzulegen sein.

2. Einzeldarstellungen des Verzichtes stammen von du Chesne, Arch.f.Bürgerl.Recht Bd.42 S.296ff; Cohn, Gruchots Beiträge Bd.47 S.221ff; Meissels, Grünhuts Zeitschrift Bd.18 S.665ff und Bd.19 S.1ff und Walsmann.

um eine Vorfrage handelt, darauf beschränken, in Anlehnung an das Schrifttum die Hauptmerkmale des Verzichtbegriffes lediglich herauszustellen und, wenn erforderlich, zu der einen oder anderen Frage Stellung zu nehmen.

b) Im allgemeinen wird im Privatrecht ein Verzicht im weiteren und ein Verzicht im engeren Sinne unterschieden⁽¹⁾. Während darin Übereinstimmung besteht, dass als Verzicht im weiteren Sinne ganz allgemein die Aufgabe eines rechtlichen Vorteiles durch eine darauf gerichtete Willenserklärung zu erblicken ist⁽²⁾, ist hinsichtlich der Frage, was als Verzicht im engeren Sinne anzusehen ist, die Antwort durchaus nicht so eindeutig. Es geht dabei im wesentlichen darum, ob man als Verzicht im engeren Sinne nur die auf den Untergang eines Rechtes gerichtete Willenserklärung ansehen darf⁽³⁾, oder ob charakteristisch allein die Einseitigkeit der Willenserklärung ist⁽⁴⁾. Man wird Schoenborn zustimmen müssen⁽⁵⁾, wenn er sagt, dass der Versuch, logisch die Notwendigkeit der Einseitigkeit des Verzichtes zu beweisen immer etwas Willkürliches behalten muss, denn es dürfte keine allzugrossen Schwierigkeiten bereiten, einerseits die Notwendigkeit der Einseitigkeit darzutun, andererseits den Verzicht als ein der Veräusserung gegenüberzustellendes Rechtsgeschäft zu charakterisieren. Eine sichere Erkenntnismöglichkeit bietet sich uns auf diese Weise nicht. Es scheint uns vielmehr allein richtig zu sein, von der positivrechtlichen Regelung auszugehen, die der Verzicht im Privatrecht erfahren hat und auf diesem Wege die

1. Vgl. u. a. Enneccerus Nipperdey, Allg. Teil, 2. Halbb. S. 593ff.

2. Vgl. Cohn in Gruchots Beiträgen Bd. 47 S. 251; Enneccerus Nipperdey aaO; Schoenborn S. 13f mit zahlreichen Nachweisen insbesondere über die ältere Literatur; Walsmann S. 41f.

3. Womit man also dem Verzicht die Veräusserung gegenüberstellt.

4. Vgl. Schoenborn S. 14f. Für den Verzichts begriff im letztgenannten Sinne besonders Weissels in Grünhuts Zeitschrift Bd. 18 S. 669 Anm. 8 wo gesagt wird: "Allein als Disposition über das Recht muss der Verzicht einseitig sein, weil eben nur der Berechtigte über das Recht kraft desselben verfügen kann." Zutreffend ist diese Auffassung dann, wenn man die Verfügungsbefugnis als Ausfluss des Rechtes ansieht.

5. Vgl. Schoenborn S. 15.

für den Verzichtsbegriff charakteristischen Begriffsmerkmale festzustellen.

Betrachtet man die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen, die vor allem ausdrücklich vom Verzicht sprechen⁽¹⁾, so kann man erkennen, dass in all diesen Fällen der Verzicht formell als eine einseitige Willenserklärung ausgestaltet ist⁽²⁾ und dass er materiell den Untergang des Rechtes bewirkt, auf das er sich bezieht⁽³⁾. Dieses Ergebnis veranlasst zu der ganz allgemeinen Feststellung, dass der Gesetzgeber des Privatrechtes überall da, wo er vom Verzicht spricht, ein einseitiges Rechtsgeschäft im Auge hat⁽⁴⁾, denn in den Fällen, in denen zur rechtsgeschäftlichen Aufgabe eines Rechtes ein Vertrag nötig ist, wird dies im Gesetz ausdrücklich festgelegt. So können wir sagen, dass die Regelung des praktisch sehr wichtigen Falles der Aufgabe eines Forderungsrechtes, die nur durch Vertrag möglich ist und die der Gesetzgeber als Erlass bezeichnet⁽⁵⁾, geeignet ist, auch wegen der terminologischen Unterscheidung zwischen "Verzicht" und "Erlass"⁽⁶⁾ die von uns vorgenommene Charakterisierung des Verzichtes als einseitiges Rechtsgeschäft nur noch zu verdeutlichen.

1. So z.B. §§ 239 Abs. 2; 376 Abs. 2 Nr. 1; 671 Abs. 3; 768 Abs. 2; 773 Abs. 1 Nr. 1; 928 Abs. 1; 1255 Abs. 1 BGB etc. Vgl. die ausführliche Zusammenstellung bei Cohn in Gruchots Beiträgen Bd. 47 S. 249f.
2. Mit Ausnahme des Erbverzichtes nach § 2346 Abs. 1 BGB.
3. Es handelt sich jedoch in all diesen Fällen entweder um den Verzicht auf Gegenrechte, Gestaltungsrechte oder dingliche Rechte, niemals aber um relative- oder Forderungsrechte.
4. So gelangt denn auch Cohn in Gruchots Beiträgen Bd. 47 S. 287 zu der Feststellung: "Als das wichtigste Ergebnis betrachte ich den Nachweis, dass der Verzicht regelmässig nicht der Annahme, nicht des Vertrages bedarf. Da wo das Gesetz den Vertrag zur Gültigkeit des Verzichtes beansprucht, im Erbrecht, im Recht der Schuldverhältnisse, ist dies deutlich gesagt. Wo das Gesetz schweigt, hat es den Vertrag nicht gefordert, denn dass begrifflich im geltenden Recht der Verzicht als Vertrag zu denken wäre, dafür bietet sich kein Anhalt."
Zutreffend weist Schoenborn (S. 15) darauf hin, dass sich nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch mit dem Begriff des Verzichtes die Vorstellung der Einseitigkeit verbindet.
Vgl. auch Enneccerus Nipperdey Allg. Teil, 2. Halbb. S. 594.
5. Vgl. § 397 Abs. 1 BGB.
6. Von der Ausnahme des Erbverzichtes abgesehen.

Dass die Aufgabe eines Forderungsrechtes nur durch Vertrag möglich ist, kann als die fast allgemeine Meinung in der Rechtsprechung und im Schrifttum angesehen werden⁽¹⁾, gegen welche man wohl vor allem im Hinblick darauf, dass das Gesetz als Erlöschensgrund in Bezug auf ein Forderungsrecht u.a. zwar den Erlass, nicht aber den Verzicht im technischen Sinne kennt, nichts einwenden können wird.

c) Ist also der Verzicht in der Regel als einseitiges Rechtsgeschäft anzusehen, so ergibt sich damit zugleich die weitere Frage, ob die Verzichtserklärung empfangsbedürftig ist.

Wir glauben, dass soweit das Gesetz diesbezüglich keine ausdrückliche Bestimmung enthält, diese Frage aus allgemeinen Erwägungen heraus grundsätzlich zu bejahen ist⁽²⁾. Der Verzicht führt, unbeschadet der im Sachenrecht etwa erforderlichen grundbuchrechtlichen Eintragung, unmittelbar zum Erlöschen des Rechtes. Könnte diese Wirkung in allen Fällen durch eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung herbeigeführt werden, die ja zu niemandes Kenntnis gelangt sein muss, so bestünde die Möglichkeit, dass der frühere Inhaber eines Rechtes, welches durch Verzicht erloschen ist, dieses Recht erfolgreich geltend macht, weil ihm infolge bestehender Beweisschwierigkeiten das Erlöschen dieses Rechtes nicht nachgewiesen werden kann. Damit könnte sich der frühere Rechtsinhaber eine ihm günstige Rechtsposition verschaffen, die ihm tatsächlich nicht zukommt. Im Interesse der Rechtssicherheit ist es daher geboten, die Wirksamkeit der Verzichtserklärung von dem Empfang durch den jeweils von ihr

1. Vgl. statt vieler Staudinger-Werner II 1, Anm. I 1 a zu § 397 S. 780; insbesondere aber auch die Ausführungen von du Chesne in Arch. f. Bürgerl. Recht Bd. 42 S. 298f, sowie Cohn in Gruchots Beiträgen Bd. 47 S. 287.

Fischer (Verzicht S. 8) versucht den einseitigen Verzicht auch im Schuldrecht anzuwenden mit der Einschränkung, dass ein Verzicht gegen den ausdrücklichen Willen des Verpflichteten nicht möglich sein soll. Diese Auffassung ist aber im Hinblick auf die eindeutige Regelung des § 397 Abs. 1 BGB, die ja einen Vertrag, also 2 Willenserklärungen und nicht nur das Fehlen eines Widerspruches des Schuldners verlangt, unhaltbar.

2. Anders nur im Falle des § 959 BGB, wo jedoch streitig ist, ob die Eigentumsaufgabe ein Rechtsgeschäft oder eine blosse Willenshandlung ist (vgl. Wolff-Raiser S. 289 Fussn. 9).

Betroffenen abhängig zu machen(1).

d) Eine besondere Form ist für den Verzicht im allgemeinen nicht vorgesehen. Er kann also schriftlich, mündlich, ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden, wenn nur der Verzichtswille eindeutig ersichtlich ist(2).

e) Die Wirkungen des Verzichtes bestehen darin, dass das Recht, das Gegenstand des Verzichtes ist, unmittelbar erlischt. Der Verzicht enthält also eine Verfügung über das Recht. Die Wirkungen des Verzichtes können allerdings nur herbeigeführt werden, wenn das Recht auf das im konkreten Fall verzichtet werden soll, überhaupt verzichtbar ist. Handelt es sich um unverzichtbare Rechte, wie dies beispielsweise in den §§ 1614 Abs. 1, 1714 Abs. 2 BGB, § 4 Abs. 4 TVG der Fall ist, dann ist ein Verzicht ausgeschlossen, bzw. ein dennoch erklärter Verzicht wirkungslos.

f) Auf Grund der vorstehenden Erörterungen gelangen wir also zu folgender Definition des Verzichtes im Privatrecht:

Der Verzicht ist ein grundsätzlich formlos gültiges, einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, das darauf gerichtet ist ein Recht aufzugeben und dessen Wirkung darin besteht, dass mit dem Wirksamwerden der entsprechenden Willenserklärung das Recht unmittelbar zum Erlöschen gebracht wird (verfügendes Rechtsgeschäft), jedoch nur soweit, als das Recht, das Gegenstand des Verzichtes ist, verzichtbar ist. Ein Verzicht auf For-

-
1. Im Ergebnis ebenso Cohn in Gruchots Beiträgen Bd. 47 S. 252; Leipert S. 65 allerdings mit nicht zutreffender Begründung; Meissels in Grünhuts Zeitschrift Bd. 19 S. 95 der in den Fällen einer an den Verpflichteten gerichteten Verzichtserklärung von einem perfekten Verzicht spricht; Walsmann S. 186ff.
 2. Der Grundsatz der Formfreiheit des Verzichtes gilt nicht für den Erbverzicht. Für die sachenrechtlichen Verzichtserklärungen, die dem Grundbuchamt gegenüber abzugeben sind, ist materiellrechtlich auch keine Form vorgeschrieben, doch ist hier § 29 Abs. 1 GBO zu beachten.

derungsrechte ist nur durch Vertrag möglich(1).

III. Der Verzicht im öffentlichen Recht.

a) Versucht man nun den Verzichts-begriff im Bereich des öffentlichen Rechts herauszuarbeiten, so bieten sich hierfür zwei Lösungsmöglichkeiten an. Man kann einmal in der Weise verfahren, dass man die im öffentlichen Recht ausdrücklich geregelten Verzichts-fälle zur Grundlage nimmt und daraus den gesuchten Begriff abzuleiten trachtet, wobei man bei diesem Vorgehen insofern auf Schwierigkeiten stossen mag, als die doch verhältnismässig geringe Zahl solcher Bestimmungen über den Verzicht - welcher Mangel durch die Verschiedenartigkeit der jeweiligen Verzichtssubjekte noch verschärft wird - eine über den Einzelfall hinausgehende, für das öffentliche Recht generell geltende Begriffsbestimmung unmöglich machen kann, oder man entscheidet sich für den zweiten Weg, indem man versucht, den zivilrechtlichen Verzichts-begriff, der im wesentlichen genau umrissen ist und feststeht, auf das öffentliche Recht zu übertragen, natürlich mit denjenigen Modifikationen, welche die Eigenart des öffentlichen Rechtes gegenüber dem Privatrecht erfordert(2). So gesehen liesse sich auch von einer deduktiven Methode einerseits und von einer induktiven Methode andererseits sprechen(3).

1. Soweit man im Falle der Aufgabe eines Forderungsrechtes wegen des vom Gesetz verwendeten Terminus "Erlass" überhaupt von einem Verzicht auf Forderungsrechte sprechen kann. Dies lässt sich jedoch damit rechtfertigen, dass sowohl der Verzicht im technischen Sinne des Gesetzes als auch der Erlass Rechtsgeschäfte sind, die die Aufgabe eines Rechtes zum Gegenstand haben, ihrem Wesen nach also weitgehend übereinstimmen. Man kann also schon von einem Verzicht auf Forderungsrechte, jedenfalls im untechnischen Sinne sprechen, nur dass es sich dabei im Gegensatz zum eigentlichen Verzicht um einen Vertrag handelt.
2. Vgl. weiter unten den besonderen Abschnitt über den Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht, S. 85ff.
3. Von den wenigen Arbeiten, die sich speziell mit dem Verzicht im öffentlichen Recht, vor allem im Hinblick auf die Verzichtsmöglichkeit auf subjektive öffentliche Rechte befassen, als welche zu nennen sind Döhring, Der Verzicht im öffentlichen Recht; Ernst, Der Verzicht auf subjektive öffentliche Rechte; Fischer, Der Verzicht auf vermögensrechtliche

Die angedeuteten Bedenken, die sich der deduktiven Methode entgegenstellen, haben uns daher auch veranlasst, den zweiten Weg zu wählen, somit eine Übertragung des privatrechtlichen Verzichtbegriffes in das öffentliche Recht vorzunehmen, da sich uns auf diese Weise eine breitere und damit auch sicherere Grundlage bietet(1).

Wir sind uns dabei durchaus bewusst, dass eine Übertragung zivilrechtlicher Rechtsinstitute in das öffentliche Recht nicht ohne weiteres möglich ist(2), indessen scheinen uns gerade im Falle des Verzichtes einer solchen Übertragung keine grundlegenden Bedenken entgegenzustehen(3). Dies vor allem, wenn man bedenkt, dass das Institut des Verzichtes, wenn auch nur vereinzelt, im öffentlichen Recht tatsächlich vorkommt und dass der im Verzicht ausgedrückte allgemeine Rechtsgedanke des Endigungsgrundes eines subjektiven Rechts im Bereich des öffentlichen Rechts in gleicher Weise Geltung beanspruchen muss wie

Ansprüche im Verwaltungsrecht; Leippert, Der Verzicht auf subjektive öffentliche Rechte mit besonderer Berücksichtigung des Verzichtes auf Leistungen der Sozialversicherung; Saalfeld, Der Verzicht von Einzelpersonen im öffentlichen Recht; Schoenborn, Studien zur Lehre vom Verzicht im öffentlichen Recht; - im übrigen wird vom Verzicht, vor allem in der älteren Literatur nur im Zusammenhang mit dem Thronverzicht gesprochen -, bedient sich nur die Arbeit von Fischer der deduktiven Methode. Im übrigen behandeln die Werke des Verwaltungsrechts den öffentlichrechtlichen Verzicht meist nur sehr kurz und gehen als von etwas Feststehendem aus ohne darzulegen, ob es sich dabei um ein besonderes Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts, oder um ein dem Privatrecht entsprechendes handelt, vgl. Forsthoff S. 250; W. Jellinek, Verw. Recht S. 214; v. Köhler S. 238; Mang I S. 25; Peters S. 149; v. Turegg S. 101.

1. Wir folgen damit in der Methode der Untersuchung Schoenborns.
2. Vgl. Döhring S. 33f; Fischer, Verzicht S. 29ff; Schoenborn S. 20.
3. man wird in allen Fällen, in denen die Übertragung des Rechtsinstitutes eines Rechtsgebietes in das andere zur Debatte steht von vornherein darauf abstellen müssen, ob es sich um Rechtsinstitute handelt, die ihrem Wesen nach nur zu einem Rechtsgebiet gehören können und deren Übertragung daher im allgemeinen ausgeschlossen sein wird, oder um solche, die nur eine eingehende Ausgestaltung und Fixierung in einem Rechtsgebiet gefunden haben, die im übrigen aber einen allgemeinen Rechtsgedanken zum Ausdruck bringen. Hier stehen einer Übertragung jedenfalls keine grundsätzlichen Bedenken entgegen.

im Privatrecht(1).

Es werden daher im folgenden die einzelnen Begriffsmerkmale des öffentlich-rechtlichen Verzichtes unter Würdigung möglicher Abweichungen gegenüber dem privatrechtlichen Verzicht festzulegen sein.

b) Dabei bedürfen die weiteren Erörterungen einer Begrenzung in Bezug auf das jeweilige Verzichtssubjekt. Soweit Verzicht auf dem Boden des Privatrechts vorkommen, ist die Frage nach dem Verzichtssubjekt belanglos. Ganz gleichgültig nämlich, ob der Verzicht von einer Einzelperson, einer juristischen Person des Privatrechts oder einer juristischen Person des öffentlichen Rechts ausgesprochen wird, in jedem dieser Fälle stellt der Verzicht eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung dar. Wesentlich anders beurteilt sich die Rechtsnatur des Verzichtes im Hinblick auf das jeweilige Verzichtssubjekt im Bereich des öffentlichen Rechts. Lässt man Verzichtsfälle von nichtstaatlichen Hoheitsträgern untereinander, ferner Verzichtsfälle im staats- bzw. Völkerrecht ganz ausser acht, so bietet sich uns schon bei der Betrachtung des Verhältnisses von Hoheitsträgern und Gewaltunterworfenen hinsichtlich des Verzichtes eine "Zweispurigkeit". In allen diesen Fällen ist streng zu scheiden zwischen Verzichtserklärungen des Staates oder eines sonstigen Hoheitsträgers einerseits und Verzichtserklärungen der Gewaltunterworfenen andererseits. Je nachdem, welche der genannten Alternativen vorliegt, ist auch die rechtliche Natur der Verzichtserklärung eine andere. Handelt es sich um einen Verzicht von seiten eines Hoheitsträgers, so erfolgt er in der der hoheitlichen Verwaltung eigentümlichen Form, nämlich durch Verwaltungsakt, während der Verzicht des Gewaltunterworfenen ein Rechtsgeschäft darstellt(2).

Klammert man Verzichtsfälle im Staats- und Völkerrecht, sowie von seiten eines Hoheitsträgers im Hinblick auf die im Thema enthaltene Fragestellung als hier nicht interessierend aus der weiteren Betrachtung aus, so bestehen keine Bedenken,

1. So auch Fischer, Verzicht S.39; Leippert S.73; Schoenborn S.20ff.
2. Vgl. dazu Forsthoff S.251; Ernst S.26ff; über den Verzicht nach § 131 AO als Verwaltungsakt vgl. Kühn, Anm.2 zu § 131 S.137.

den Verzicht im öffentlichen Recht seitens des Gewaltunterworfenen zunächst ganz allgemein dahin zu charakterisieren, dass es sich dabei um die durch Rechtsgeschäft erfolgte Aufgabe eines Rechtes handelt dergestalt, dass das Recht zum Erlöschen kommt(1).

c) Mit dieser allgemeinen Charakterisierung des Verzichtes im öffentlichen Recht ist allerdings noch nicht viel gewonnen, da sich insoweit keine Besonderheiten gegenüber dem Verzicht im Privatrecht ergeben und die praktisch wichtige und besonders interessierende Frage offen bleibt, ob der öffentlich-rechtliche Verzicht ein ein- oder zweiseitiges Rechtsgeschäft darstellt.

Der Verzicht im öffentlichen Recht gewinnt besonders Bedeutung im Zusammenhang mit der Frage nach der Verzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte des Individuums. Daraus folgt aber auch, dass man bei einem solchen Verzicht als an einen allgemeinen, bei allen subjektiven öffentlichen Rechten möglichen Aufgabegrund denkt. Man möchte dabei, wie Schoenborn(2) zutreffend ausführt, wissen, "inwieweit das Individuum - ohne Mitwirkung des Staates - den Bestand öffentlichen Rechts zu modifizieren vermag, inwieweit öffentliches Recht durch den Willen des dadurch Berechtigten aufgegeben werden kann, - wieweit der Parteiwillkür des Individuums im betreffenden Fall Raum gegeben ist." Dies bedeutet, dass man in den Verzichts begriff des öffentlichen Rechts(3) von vornherein das Merkmal der Einseitigkeit aufnehmen muss, weil andernfalls zweifelhaft wäre, ob man überhaupt von einem Verzicht im Sinne der rechtsgeschäftlichen Aufgabe eines Rechtes durch den berechtigten sprechen könnte. Die Annah-

1. Vgl. dazu Ernst S.33; Fischer, Verzicht S.46; Leippert S.74; v. Köhler S.238; Schoenborn S.27.

Was die Wirkungen des Verzichtes anbetrifft, so macht Forsthoff(S.251) Unterschiede, je nachdem auf welches Recht verzichtet wird. Während er beim Verzicht auf einen Schadenersatzanspruch dessen Erlöschen bejaht, verneint er das Erlöschen beim Verzicht auf eine Genehmigung. Auf diese Darlegungen einzugehen erübrigt sich jedoch, da auch Forsthoff bei den uns allein interessierenden Geldansprüchen das Erlöschen derselben durch Verzicht nicht bestreitet.

2. Vgl. Schoenborn S.26.

3. Und zwar sprechen wir ja hier nur vom Verzicht eines einzelnen Gewaltunterworfenen.

me der Verzichtserklärung des Berechtigten müsste im öffentlichen Recht grundsätzlich durch einen Hoheitsträger erfolgen⁽¹⁾. Angesichts der überlegenen Stellung, welche Hoheitsträger den Gewaltunterworfenen gegenüber einnehmen, wäre es zweifelhaft, ob tatsächlich die Willenerklärungen beider Vertragspartner die Aufhebung eines Rechts herbeiführen, oder ob allein der Wille des Hoheitsträgers die "causa efficiens"⁽²⁾ darstellt. Dieser vor allem von Schoenborn treffend vorgebrachte Gesichtspunkt spricht entscheidend für die Einseitigkeit des Verzichtes im öffentlichen Recht⁽³⁾.

Dem steht auch nicht der Sprachgebrauch des Gesetzes entgegen. Während das BGB zumindest für den Verzicht auf Forderungsrechte und den Erbverzicht die Vertragsform vorsieht, ist nicht ersichtlich, dass auch im öffentlichen Recht, soweit es über-

1. Vgl. den besonderen Abschnitt über den Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht S. 85ff.
2. Vgl. Schoenborn S. 24.
3. Im Ergebnis ebenso ausser Schoenborn auch Ernst S. 37; Fischer, Verzicht S. 50 allerdings ablehnend gegenüber der von Schoenborn gegebenen Begründung; Leippert S. 74; Tezner in Grünhuts Zeitschrift Bd. 21 S. 230. Saalfeld (S. 5) begründet die Notwendigkeit der Einseitigkeit des Verzichtes im öffentlichen Recht mit der Feststellung: "Ein besonderer Grund für die Aufnahme des Merkmals der Einseitigkeit in den öffentlich-rechtlichen Verzichts-begriff ist der, dass öffentlich-rechtliche Verträge von Untertanen mit dem Staat als Subjekt von Hoheitsrechten - und in den weitaus meisten Fällen wird der Vertragsgegner der Staat sein - Verträge nicht zu nennen sind, da die Parteien nicht gleichberechtigt gegenüberstehen, der Staat vielmehr übermächtig seinen Willen zu dem ausschlaggebenden machen kann; Verträge anzunehmen hat aber nur unter Gleichberechtigten Sinn." Wenn Saalfeld damit zum Ausdruck bringen will, dass der Verzicht wegen der überragenden Stellung des Hoheitsträgers einseitig sein muss, so muss ihm zugestimmt werden. Soweit jedoch Saalfeld die Möglichkeit von Verträgen im öffentlichen Recht zwischen Gewaltunterworfenen und Hoheitsträgern allgemein in Frage stellen will und deswegen zur Einseitigkeit des Verzichtes gelangt, kann ihm nicht beige-treten werden (über den öffentlich-rechtlichen Vertrag allgemein und im besonderen im Verhältnis zwischen Gewaltunterworfenen und Hoheitsträgern vgl. Apelt S. 75; Forsthoff S. 239ff; Grätzer S. 48ff; Imboden S. 41ff; Jellinek S. 252f; Peters S. 153; Salzwedel S. 38ff; v. Turegg S. 124). Walsmann (S. 201) sagt: "Für den Verzicht auf öffentliche Rechte kann als die Regel die einseitige empfangsbedürftige Verzichtserklärung aufgestellt werden." Wenn Walsmann diesen Grundsatz dahingehend einschränkt, dass der Verzicht dann vertragsmässig erfolgen müsse, wenn das aufzugebende Recht

haupt vom Verzicht handelt, an ein zweiseitiges Rechtsgeschäft gedacht wäre(1). Auch von der Verwaltungsrechtslehre wird daher - allerdings ohne weitere Begründung - der Verzicht im öffentlichen Recht mit der von uns vorgenommenen Einschränkung auf Verzichte von Einzelpersonen durchwegs als einseitiges Rechtsgeschäft aufgefasst(2).

d) Bejaht man die Einseitigkeit des Verzichtes, so stellt sich auch hier genau wie im privaten Recht die Frage, ob die Verzichtserklärung empfangsbedürftig ist.

Wurde die Empfangsbedürftigkeit schon im Privatrecht auch in den Fällen, in denen eine gesetzliche Regelung nicht vorhanden ist, oder in denen diese jedenfalls nichts anderes besagt, allgemein für erforderlich gehalten, so muss dies im besonderen Masse für das öffentliche Recht gelten. Entscheidend dafür ist der Gedanke, dass das subjektive öffentliche Recht, selbst wenn es in erster Linie eine Berechtigung des einzelnen schafft, doch eine sehr erhebliche Allgemeinbezogenheit aufweist(3), mit der es nicht zu vereinbaren ist, dass der Rechtsträger durch einen möglicherweise rein internen Akt auf sein Recht verzichtet, ohne dass das jeweilige Pflichtsubjekt davon überhaupt Kenntnis erhält. Da dem subjektiven öffentlichen Recht auf der einen Seite immer eine irgendwie geartete Verpflichtung auf der anderen Seite entspricht, müsste das jeweilige Pflichtsubjekt unter Umständen - diese Konsequenz liesse sich im Einzelfall nicht vermeiden - ein bereits erloschenes Recht noch als fortbestehend behandeln. Die daraus sich ergebende Rechtsunsicherheit muss gerade wegen der Bezogenheit des subjektiven öffentlichen Rechts auf die Gesamtheit vermieden werden, was nur dadurch erreicht werden kann, dass die Wirkksamkeit der Verzicht-

eine gewisse Verwandtschaft zu den Forderungsrechten aufweise, so kann dem nicht gefolgt werden. Diese Auffassung ist zu sehr auf die privatrechtliche Form des Verzichtes auf Forderungsrechte ausgerichtet und lässt die besondere öffentlichrechtliche Situation unberücksichtigt, die es erforderlich macht, dem öffentlich-rechtlichen Verzichts begriff das Merkmal der Einseitigkeit einzufügen.

1. So gelangt auch Fischer, Verzicht S. 51, auf dem von ihm eingeschlagenen Weg, indem er nämlich den verzichtsbegriff aus den vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen abstrahiert, ebenfalls zu dem Ergebnis der Einseitigkeit des Verzichtes.
2. Vgl. Adamowich I S. 89; Forsthoff S. 250; v. Köhler S. 238;

erklärung von dem Zugang derselben an das jeweilige Pflichtsubjekt(1)abhängig gemacht wird.Damit ist das Interesse der Allgemeinheit an der Kenntnis über Bestehen oder Nichtbestehen eines subjektiven öffentlichen Rechtes befriedigt und jede sonst mögliche Rechtsunsicherheit ausgeschlossen(2).

Wenn Schoenborn(3)die Empfangsbedürftigkeit der Verzichtserklärung weiter auch damit begründet,dass andernfalls die Möglichkeit bestünde,ein bereits erloschenes Recht durch Rücknahme der Verzichtserklärung,die ja niemandem zur Kenntnis gelangt zu sein braucht,wieder aufleben zu lassen,so kann dem nicht gefolgt werden.

Durch eine wirksame Verzichtserklärung wird das Recht,auf dassich die Erklärung bezieht,zum Erlöschen gebracht.Das einmal erloschene Recht kann durch Rücknahme bzw.durch Widerruf der Verzichtserklärung nicht wieder erstehen,weil es dazu eines neuen Rechtssetzungsaktes bedürfte.Ist die Wirksamkeit der Verzichtserklärung jedoch nicht von dem Erfordernis der Empfangsbedürftigkeit abhängig,so ist allerdings zweifelhaft,ob man im Einzelfall dem früheren Inhaber des Rechtes,das durch Verzicht erloschen ist,dies auch nachweisen kann,wenn er sich des Rechtes berührt.Fraglich kann deswegen nur sein,ob man, um diesen Beweisschwierigkeiten aus dem Wege zu gehen,das Merkmal der Empfangsbedürftigkeit in den Verzichts begriff auf-

v.Turegg S.101;W.Jellinek(Verw.Recht S.214)macht die Einschränkung,dass der einseitige Verzicht im öffentlichen Recht nach dessen ganzer Eigenart vorherrsche.

3. Vgl.den Abschnitt über das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts S.92ff.
1. Allgemeine Regeln darüber,wer als Adressat der Verzichtserklärung anzusehen ist,lassen sich nicht aufstellen.Es wird dies,soweit gesetzliche Regelungen nicht vorhanden sind,eine Frage des Einzelfalles sein.
2. Vgl.dazu Ernst S.37;Fischer,Verzicht S.50 der darauf hinweist,dass nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen dem öffentlichen Recht überhaupt fremd seien;Forsthoff S.252;Leipert S.75;Schoenborn S.32ff;ProVG in Reger Bd.13 S.227; a.A.Verbandskomm.zur RVO,Anm.2 vor § 1293 S.230-231,sowie Saalfeld(S.7),der die Empfangsbedürftigkeit nur für die Fälle bejaht,in denen dies ausdrücklich gesetzlich bestimmt ist.
3. Vgl.Schoenborn S.34.

nehmen soll. Nicht jedoch muss die Verzichtserklärung empfangsbedürftig sein, weil sonst der frühere Berechtigte, der sein Recht durch internen Akt zum Erlöschen gebracht hat, dieses wieder aufleben lassen könnte. Diese zusätzliche Begründung, mit der Schoenborn die Empfangsbedürftigkeit der Verzichtserklärung fordert, beruht auf einer Verwechslung der Frage der Beweismöglichkeit mit der Frage nach dem Bestand des materiellen Rechts.

Im Hinblick auf das soeben Gesagte bedarf es auch keiner besonderen Erwähnung mehr, dass der Verzicht unwiderruflich sein muss. Es steht nicht in der Macht des ursprünglich Berechtigten, ein erloschenes Recht durch Widerruf der Verzichtserklärung wieder erstehen zu lassen. Aus den gleichen Gründen ist auch die Verzichtserklärung unter einer auflösenden Bedingung und eines "dies ad quem" unwirksam. Gegen eine aufschiebende Bedingung und einen "dies a quo" bestehen keine Bedenken(1).

e) Schliesslich sei noch gesagt, dass auch für den Verzicht im öffentlichen Recht Formvorschriften grundsätzlich nicht bestehen(2).

f) Man gelangt also zu dem Ergebnis, dass der Verzicht im öffentlichen Recht seitens des Gewaltunterworfenen eine formlos gültige, einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung ist, die mit dem Wirksamwerden das Recht, auf das sie sich bezieht, zum Erlöschen bringt, jedoch nur dann, wenn das Recht auch verzichtbar ist.

IV. Der Verzicht im Sozialversicherungsrecht.

Was den Verzicht in dem hier besonders interessierenden Bereich des öffentlichen Rechts, nämlich dem Sozialversicherungsrecht betrifft, so wird in der Rechtsprechung und im Schrifttum zum Teil die Auffassung vertreten, dass der Verzicht als ein

1. So Fischer, Verzicht S. 51; W. Jellinek, Verw. Recht S. 217; v. Köhler S. 240; Mattstedt in DIV 1935 S. 45; Schoenborn S. 32; RVA in AN 1902 S. 687; Bayer. LVA in EuM Bd. 3 S. 187; a. A. Schieckel in DIV 1934 S. 145.

2. Vgl. Forsthoff S. 252.

zweiseitiges, mithin vertragliches Rechtsgeschäft angesehen werden müsse(1). Eine Begründung wird hierfür entweder nicht gegeben, oder es wird die Auffassung mit dem Hinweis darauf begründet, dass in den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Normen, insbesondere in den Versicherungsgesetzen, besondere Vorschriften über den Verzicht nicht enthalten seien, weswegen die rechtliche Beurteilung desselben nach den Vorschriften des BGB erfolgen müsse(2).

Diese Argumentation ist jedoch nicht zu billigen. Es wurde bereits an anderer Stelle ausgeführt, dass es durchaus unzutreffend ist zu glauben, man könne beim Fehlen einer gesetzlichen Regelung in einem Rechtsgebiet diesen Mangel einfach durch Verpflanzung des fehlenden Rechtsinstitutes aus einem anderen Rechtsgebiet beheben. Man kann nur in der Weise verfahren, dass man den Grundgedanken eines Rechtsinstitutes mit denjenigen Modifikationen in ein anderes Rechtsgebiet überträgt, welche die Eigenart dieses Rechtsgebietes erfordert. Diesbezüglich ist aber in den vorangegangenen Ausführungen festgestellt worden, dass der Verzicht von Einzelpersonen im öffentlichen Recht - und darin liegt seine Besonderheit gegenüber dem privatrechtlichen Verzicht - grundsätzlich als einseitiges Rechtsgeschäft angesehen werden muss, also auch hinsichtlich aller irgendwie gearteten Forderungsrechte. Die Auffassung, die zum Teil auch in neuerer Zeit den Verzicht im Sozialversicherungsrecht als vertrag ansieht, und sich zur Begründung im wesentlichen nur auf die Rechtsprechung des RVA beruft, lässt die Besonderheiten, die den öffentlich-rechtlichen Verzicht kennzeichnen, unberücksichtigt(3). Aus diesem Grunde wird man auch im Sozial-

-
1. Vgl. RVA in AN 1910 S.655; RVA in AN 1914 S.554ff; Sächs. LVA in EuM Bd.18 S.162; OVA München in Breith.1951 S.1209f; Mitgl.Komm.zur RVO Anm.3a zu § 1583 S.171; Schulz-Hartmann, Anm.4 zu § 69; Hanow, Anm.5f zu § 30 S.122ff; Appellius in MfAA 1915 Sp.192ff; Bültmann in SV 1950 S.234ff; Fuisting in AV 1932 S.433ff; Gunkel in AV 1940 S.187; Lieske in VZ 1931 S.326; Pagel in AV 1932 S.525.
 2. So vor allem RVA Nr.1522 in AN 1910 S.655; hierauf ist in den übrigen zitierten Entscheidungen und dem angeführten Schrifttum Bezug genommen.
 3. Vgl. hierzu LSG Hamburg in Breith.1956 S.591.

versicherungsrecht, wie im öffentlichen Recht allgemein, den Verzicht des einzelnen als einseitiges Rechtsgeschäft(1) ansehen müssen(2).

Im Hinblick auf das zu behandelnde Thema bedarf es noch eines Hinweises:

Verzichte im privaten wie im öffentlichen Recht sind grundsätzlich formlos gültig. Sie können daher auch mündlich und zwar ausdrücklich oder stillschweigend(3) erklärt werden. In jedem Falle muss sich jedoch der Verzichtswille eindeutig erkennen lassen. Es ist dies ein allgemeiner Grundsatz, der nicht nur für das Privatrecht, sondern auch für das öffentliche Recht gilt(4).

1. Diese Feststellung ist auch praktisch deswegen von erheblicher Bedeutung, weil ein Teil der Rechtsprechung und des Schrifttums im Bereich der Sozialversicherung, ausgehend von der Vertragsnatur des Verzichtes, die Möglichkeit eines Verzichtes auf Leistungen aus der Sozialversicherung bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 139 Abs. 1 S. 2 RVO für unzulässig erklärt hat. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift ist aber - soweit sie im Verhältnis von Versicherungsträgern und Versicherten zueinander überhaupt gilt - dann ausgeschlossen, wenn man den Verzicht als einseitiges Rechtsgeschäft ansieht. Über die mit § 139 RVO zusammenhängenden Fragen wird an anderer Stelle (vgl. S. 70ff) noch zu berichten sein.
2. So auch Bad. VGH in AN 1909 S. 226; RVA in AN 1894 S. 126ff; Verbandskomm. zur RVO, Anm. 2 vor § 1293 S. 230f; Brackmann I S. 246x; Fleischauer in AV 1901 S. 334; Kreil in AV 1936 S. 118; Schulz in BG 1936 S. 90; Schieckel in DIV 1934 S. 144 bejaht zwar auch die Einseitigkeit des Verzichtes, gebraucht jedoch einen - gegenüber dem hier entwickelten - abweichenden Verzichtsbegriff, indem er ausführt, dass der Verzicht den Anspruch - jedenfalls soweit er anerkannt oder rechtskräftig festgestellt ist - nicht zum Erlöschen bringt, sondern nur eine Einrede begründet, durch welche die Geltendmachung des Anspruches dauernd gehemmt ist. Mattstedt in DIV 1935 S. 42 und Paul in BKK 1934 S. 418f bejahen die Möglichkeit sowohl einseitigen als auch zweiseitigen Verzichtes im Bereiche der Sozialversicherung. Für das verwandte Gebiet des Versorgungsrechtes vgl. van Nuis-Vorberg Teil VI 1958 S. 20 III 2 sowie Scholmann in ZfS 1955 S. 4, welche auch Einseitigkeit des Verzichtes auf Versorgungsansprüche bejahen. Das Reichsversorgungsgericht lässt die Frage, ob der Verzicht auf Versorgungsansprüche als ein- oder zweiseitiges Rechtsgeschäft angesehen werden muss in seiner grundsätzlichen Entscheidung vom 11.8.1939 offen (vgl. RVGE Bd. 14 S. 49).
3. A.A. Fischer, Verzicht S. 50.
4. Vgl. Forsthoff S. 252.

In besonders hohem Masse muss dieser Grundsatz aber auch im Sozialversicherungsrecht Anwendung finden. Hier sind bei der Prüfung, ob ein Verzichtswille vorhanden ist, besonders strenge Maßstäbe anzulegen, da es in der Regel nicht dem Willen des Versicherten entsprechen wird, auf Unterstützungsleistungen zu verzichten⁽¹⁾.

V. Gründe der Unwirksamkeit des Verzichtes, die sich aus der besonderen Eigenart der Ansprüche auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe ergeben.

Die Gründe der Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäftes und damit auch eines Verzichtes können sehr mannigfaltig sein. Es handelt sich jedoch hier nicht darum, alle möglichen Unwirksamkeitsgründe aufzuzeigen, vielmehr soll festgestellt werden, ob sich aus der besonderen Eigenart der Unterstützungsansprüche, insbesondere ihrer Rechtsnatur, Folgerungen auf die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines Verzichtes auf dieselben ziehen lassen.

1. Vgl. Bayer. LVA in EuM Bd. 6 S. 421; Sächs. LVA in EuM Bd. 18 S. 162ff; vor allem aber RVA Nr. 5003 in AN 1936 S. 248 (Knoll-Peters III S. 283).

Z W E I T E R T E I L .

=====

E R S T E R A B S C H N I T T .

Der Verzicht auf die Familienzuschläge.

I. Vorbemerkung.

Nachdem in Vorstehendem der Verzichtsbegriff für das öffentliche Recht unter besonderer Berücksichtigung des Sozialversicherungsrechtes dargelegt wurde, erhebt sich nun die Frage, ob ein Arbeitsloser einen wirksamen Verzicht auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe in der Art und mit den Folgen, wie sie gerade entwickelt wurden, aussprechen kann.

Dabei wird es für die weitere Betrachtung zweckmässig sein, die Ansprüche auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe in ihre Elemente zu zerlegen und den Verzicht auf jedes dieser Elemente jeweils getrennt zu behandeln. Dies erscheint deswegen als der geeignete Weg, weil sich diese beiden Elemente hinsichtlich ihrer Zweckbestimmung in persönlicher Hinsicht grundlegend unterscheiden und weil der eine Bestandteil der genannten Ansprüche, nämlich der Familienzuschlag, eine rechtliche Ausgestaltung erfahren hat, die es ermöglicht, ohne weitere Untersuchungen, insbesondere über die Rechtsnatur der den Arbeitslosen gewährten Unterstützungsansprüche, eine Antwort auf die Frage nach der Verzichtbarkeit wenigstens dieser Bestandteile der Unterstützungsansprüche zu geben.

Es soll dabei vom Familienzuschlag beim Arbeitslosengeld ausgegangen werden und im Anschluss daran der Familienzuschlag bei der Arbeitslosenhilfe behandelt werden.

II. Hauptbetrag und Familienzuschläge als Bestandteile des einheitlichen Anspruches auf Arbeitslosengeld. Konsequenzen, die sich hieraus für die Anspruchs- bzw. Antragsberechtigung ergeben.

Arbeitslosengeld wird dem Arbeitslosen nicht nur für sich selbst, sondern, sofern solche vorhanden sind, auch für die un-

terhaltsberechtigten Angehörigen gewährt(1).Demgemäss besteht der im ersten Teil unter A umrissene Anspruch auf Arbeitslosengeld aus dem Hauptbetrag,der dem Arbeitslosen ohne Rücksicht auf den Familienstand für seine Person erbracht wird und den Familienzuschlägen für die unterhaltsberechtigten Angehörigen (2).Es handelt sich also bei dem Anspruch auf Arbeitslosengeld um einen einheitlichen Anspruch,der sich aus zwei Elementen, nämlich dem Hauptbetrag und den Familienzuschlägen zusammensetzt.Daraus ergeben sich gewisse Folgerungen:

a) Obwohl die Familienzuschläge für die unterhaltsberechtigten Angehörigen bestimmt sind,steht der Anspruch auf Arbeitslosengeld und somit auch auf die Familienzuschläge als Bestandteile desselben rechtlich allein dem Arbeitslosen zu(3).

b) Die Tatsache,dass der Anspruch hinsichtlich der Familienzuschläge nicht den unterhaltsberechtigten Angehörigen zusteht,bewirkt auch,dass diese kein selbständiges Antragsrecht besitzen,dass vielmehr antragsberechtigt auch hinsichtlich der Familienzuschläge allein der Arbeitslose selbst ist(4).

c) Da der Familienzuschlag ein Bestandteil des Arbeitslosengeldes ist,braucht er auch nicht besonders beantragt zu werden.Der Antrag auf Arbeitslosengeld beinhaltet zugleich auch den Antrag auf die Familienzuschläge.Ist also überhaupt ein Antrag gestellt,so muss das Arbeitsamt das Arbeitslosengeld in gesetzlicher Höhe(also gegebenenfalls mit Zuschlägen) von Amts wegen festsetzen(5).

1. Für welche Angehörigen und unter welchen Voraussetzungen Familienzuschläge gezahlt werden,ist in § 89 Abs.2f AVAVG geregelt.
2. Vgl.§ 89 Abs.1 AVAVG.
3. Vgl.RTDr.2885,Begründung zu § 97 Abs.3(=§ 175 Abs.3 AVAVG a.F. bzw. § 181 Abs.3 AVAVG n.F.)S.103;Brodhun-Strippel, Anm.3 zu § 89 S.89f;Fischer,Anm.4c zu § 103 S.449;Schmeisser 1,Anm.1 zu § 103 S.510f;Stier-Somlo,AVAVG,Anm.1,3.Abs. zu § 175 S.452;Weigert,Anm.III 1 zu § 175 S.402;RVA in RABl.1929 S.IV 31;RVA in RABl. 1932 S.IV 49.
4. Vgl.Brodhun-Strippel aaO;Krebs,Anm.4 zu § 89 S.303f. A.A.Fischer,Anm.4c,2.Abs.zu § 103 S.449 für den Fall,dass der Arbeitslose die Antragstellung unterlässt.Hier soll der Zuschlagsberechtigte selbst antragsberechtigt sein.
5. Vgl.Brodhun-Strippel,Anm.3 zu § 89 S.89f;Krebs,Anm.4 zu § 89 S.303f;Hess.LSG in Breith.1957 S.81ff;BSG in SG 1956 S.222 Nr.11.

III. Die Regelung der Zweckbestimmung der Familienzuschläge durch das Gesetz.

Obwohl auch der Anspruch auf den Familienzuschlag rechtlich dem Arbeitslosen zusteht und demnach die unterhaltsberechtigten Angehörigen weder anspruchsnach noch antragsberechtigt sind, ist doch der Verwendungszweck der Zuschläge vom Gesetzgeber eindeutig dahingehend geregelt, dass sie für die Angehörigen bestimmt sind. Dies ergibt sich schon daraus, dass das Gesetz den Anspruch auf Arbeitslosengeld begrifflich und rechnerisch klar und eindeutig in den Hauptbetrag und die Familienzuschläge aufgliedert hat⁽¹⁾ und zugleich bestimmt hat, dass die Zuschläge "für die Angehörigen des Arbeitslosen" dienen. Durch die Gewährung von Zuschlägen soll der Arbeitslose in die Lage versetzt werden, die ihm obliegenden Unterhaltsverpflichtungen zu erfüllen. Besonders deutlich ergibt sich dies auch aus dem Regierungsentwurf eines Gesetzes über Arbeitslosenversicherung, RTDr. 2885, wo es in der Begründung zu § 64 Abs. 1 (= § 103 Abs. 1 AVAVG a.F. bzw. § 89 Abs. 1 AVAVG n.F.) S. 94 heisst:

"Eine Staffelung der Arbeitslosenunterstützungen im sozialen Sinne hat das gewünschte Ergebnis, dass sie sich der Belastung mit Unterhaltungspflichten anpassen, die der Arbeitslose im Einzelfall zu tragen hat. Der Entwurf gliedert daher - in anlehnung an die gegenwärtigen Bestimmungen der Erwerbslosenfürsorge - die Unterstützungen in die Hauptunterstützung, die dem Arbeitslosen für seine Person gewährt wird und die Familienzuschläge, die er für seine Angehörigen erhält.

IV. Die Gewährleistung der Realisierung dieser Zweckbestimmung durch § 181 Abs. 3 AVAVG.

Der Gesetzgeber hat jedoch die Zweckbestimmung der Familienzuschläge nicht nur eindeutig festgelegt, er hat vielmehr auch eine Möglichkeit geschaffen, um diese Zweckbestimmung nötigenfalls gegen den Willen des Arbeitslosen zu realisieren, den Lebensunterhalt des unterhaltsberechtigten Angehörigen sicherzustellen und damit allgemein seine Rechtssphäre zu sichern. Die erforderliche Handhabe bietet § 181

1. Vgl. § 89 Abs. 1 AVAVG.

Abs.3 AVAVG.

Während das Arbeitslosengeld einschliesslich der Zuschläge als eine rechtlich allein dem Arbeitslosen zustehende Leistung grundsätzlich auch an diesen ausbezahlt werden muss(1), kann nach § 181 Abs.3 AVAVG(2) in Abweichung von diesem Grundsatz ein Teil des Arbeitslosengeldes auch an Dritte ausbezahlt werden. Der § 181 Abs.3 AVAVG bestimmt:

"Solange ein Angehöriger des Arbeitslosen (§ 89 Abs.2) nicht in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist oder wenn ein Arbeitsloser seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht gegenüber einem Angehörigen nicht nachkommt, kann der Direktor des Arbeitsamtes anordnen, dass ein angemessener Teil des Arbeitslosengeldes an den Angehörigen, dessen Vormund oder diejenige Person, Anstalt oder Behörde ausgezahlt wird, in deren Obhut er sich befindet, oder die ihm Unterhalt gewährt."

Die Vorschrift behandelt also 2 Alternativen, einmal den Fall, dass ein Angehöriger nicht in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist, zum anderen den Fall, dass ein Arbeitsloser seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht gegenüber seinen Angehörigen nicht nachkommt. In beiden Fällen besteht die Möglichkeit, einen angemessenen Teil des Arbeitslosengeldes an die Angehörigen, oder die sonstigen in § 181 Abs.3 genannten Personen oder Stellen abzuzweigen. Besonders die zweite Alternative, die den Fall behandelt, dass der Arbeitslose seine Unterhaltspflichten verletzt, zeigt deutlich, dass das Gesetz durch Schaffung der Abzweigungsmöglichkeit auch sicherstellen wollte, dass der Angehörige auf jeden Fall in den Genuss des für ihn bestimmten Teiles des Arbeitslosengeldes kommt.

Wenn die genannte Vorschrift auch nicht von einer Abzweigung des Familienzuschlages, sondern von der eines "angemessenen Teils" spricht, so bedeutet dies nicht, dass sich die Anordnung des Direktors des Arbeitsamtes etwa auf einen Teil des Familienzuschlages beschränken könnte. Man kann, vor allem wenn man die Höhe des Familienzuschlages von DM 6.-wöchentlich bedenkt(3), sagen, dass in aller Regel der angemessene Teil die Höhe des Familienzuschlages übersteigen wird, zumindest aber

1. vgl. Fischer, Anm.3 zu § 175 S.634; Krebs, Anm.6 zu § 181 S.480.
2. Der § 181 Abs.4, der ebenfalls eine Abzweigungsmöglichkeit bietet, interessiert in diesem Zusammenhang nicht.
3. vgl. § 91 Abs.6 S.2 AVAVG.

der Zuschlag als das minimum dessen anzusehen sein wird, was als angemessener Teil im Sinne des § 181 Abs.3 zu gelten hat(1). Diese Vorschrift zeigt also, dass das Gesetz die Zweckbestimmung der Familienzuschläge nicht nur festgelegt hat, sondern dass es darüber hinaus auch eine Handhabe geschaffen hat, um die Realisierung dieser Zweckbestimmung sicherzustellen(2). Liegen die Voraussetzungen des § 181 Abs.3 vor und lassen es die Interessen der Angehörigen erforderlich erscheinen, so wird man eine Verpflichtung des Direktors des Arbeitsamtes annehmen müssen, eine entsprechende Anordnung zu treffen(3).

Eine dem § 181 Abs.3 AVAVG vergleichbare Regelung findet sich in § 186 Abs.1 RVO(4):

"Wird Krankenhauspflege einem versicherten gewährt, der bisher Angehörige ganz oder überwiegend unterhalten hat, so ist daneben ein Hausgeld für die Angehörigen im Betrage des halben Krankengeldes zu zahlen. Das Hausgeld kann unmittelbar an die Angehörigen ausgezahlt werden."

Auch nach dieser Bestimmung hat der Angehörige ebenso wenig einen Anspruch auf das Hausgeld, wie er keinen Anspruch auf den Familienzuschlag nach § 89 Abs.1 AVAVG hat. Anspruchsberechtigt gegenüber der Krankenkasse ist allein der Versicherte(5). Obwohl das Hausgeld rechtlich dem Versicherten selbst zusteht, besteht auch hier, wie in § 181 Abs.3 AVAVG, die Möglichkeit einer unmittelbaren Auszahlung an die Angehörigen. Damit soll erreicht werden, dass der Lebensunterhalt der Angehörigen sichergestellt wird und dem Versicherten die Möglichkeit genommen wird, das für seine Familie bestimmte Hausgeld für sich selbst zu verbrauchen(6).

V. Die Familienzuschläge als soziale Zusatzleistungen.

Was die rechtliche Ausgestaltung des Familienzuschlages

-
1. Vgl. Fischer, Anm. 11 zu § 175 AVAVG S. 635.
 2. Vgl. Fischer, Anm. 10 zu § 175 AVAVG S. 635; Krebs, Anm. 7 zu § 181 S. 480f.; Hess. LSG in Breith. 1957 S. 81ff.
 3. Fischer, Anm. 10 aaO; Krebs aaO.
 4. Vgl. auch die §§ 119a, 1262 Abs. 8, 1289 RVO bzw. 39 Abs. 8 AVG.
 5. Vgl. Hofmann-Kreil, Anm. zu § 186 S. 64; Kühne, Anm. 3 zu § 186 S. 98; Peters, Krankenvers. II S. 169; Stier-Somlo, Anm. 5 zu § 186 S. 148; Schraeder-Schulte-Brucker, Anm. zu § 186 unter "zu zahlen".
 6. Vgl. Kühne aaO; Peters, Krankenversicherung II aaO; Schraeder-Schulte-Brucker aaO.

betrifft, so ist schliesslich noch ein weiterer entscheidender Gesichtspunkt zu beachten.

Gemäss § 164 Abs.1 AVAVG beläuft sich der Beitragssatz der Arbeitslosenversicherung auf 2% der in § 164 Abs.2-3 AVAVG festgelegten Bemessungsgrundlagen. Bei krankenversicherungs-pflichtigen Arbeitnehmern beispielsweise bemisst sich der Beitragssatz nach dem Grundlohn, der nach der RVO für die Bemessung der Beiträge zur Krankenversicherung massgebend ist(1). Es werden also bei Arbeitnehmern mit gleichem Grundlohn einheitlich 2% als Beitrag zur Arbeitslosenversicherung erhoben - wobei jedoch der Arbeitnehmer nur die Hälfte dieses Betrages selbst zu tragen hat - ohne dass es dabei auf die besonderen persönlichen Verhältnisse des einzelnen Arbeitnehmers ankäme(2). Während also einerseits Arbeitnehmer mit gleichem Grundlohn gleiche Beiträge zu entrichten haben, müssen sich andererseits die Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung im Falle der Arbeitslosigkeit durchaus nicht entsprechen. Zwei Arbeitslose also, von denen der eine unterhaltsberechtignte Angehörige hat, können bei sonst gleichen Voraussetzungen durchaus verschiedene Leistungen erhalten, was daraus resultiert, dass für die Angehörigen des einen von ihnen Zuschläge bezahlt werden. Diese Familienzuschläge, die Bestandteile des Arbeitslosengeldes sind, werden dem Arbeitslosen aber nicht als eine versicherungsmässige Zusatzleistung gewährt, sondern stellen unter Durchbrechung des Versicherungsgrundsatzes, dass gleichen Beiträgen gleiche Leistungen entsprechen sollen, eine zur versicherungsmässigen Leistung (Hauptbetrag) gewährte Zusatzleistung aus sozialen Gründen dar, für welche kein Zuschlag zu den Beiträgen der Arbeitslosenversicherung erhoben wird. Der soziale Gesichtspunkt ist es, der zur Staffelung des Arbeitslosengeldes ent-

1. Vgl. § 164 Abs.1 und Abs.2 Ziff.1 AVAVG.

2. Vgl. für die Beitragbemessung zur Krankenversicherung nach der RVO, wo ebenfalls in der Regel vom Grundlohn ausgegangen wird (§ 385 Abs.1 S.2 RVO), die Bemerkung bei Brackmann II S.364a oben: "Es ist im Unterschied z.B. zu den Tarifen der privaten Kr.Vers. Unternehmen grundsätzlich auch trotz des unterschiedlichen Risikos nicht möglich, den Gesundheitszustand, das Lebensalter bei Beginn der Versicherung (der nur für die Ers. Ken geltende § 506 Abs.4 ist heute nicht mehr von wesentlicher Bedeutung), den Familienstand oder das Geschlecht des Vers. bei der Festlegung der Beiträge zu berücksichtigen."

sprechend den unterschiedlichen Unterhaltsverpflichtungen des einzelnen Arbeitslosen führt(1,2).

VI. Gründe der Unwirksamkeit des Verzichtes auf Familienzuschläge beim Arbeitslosengeld.

Wenn im vorangehenden Teil die rechtliche Ausgestaltung der Familienzuschläge im einzelnen untersucht wurde, so geht es nun darum, welche Folgerungen sich aus den getroffenen Feststellungen hinsichtlich der Verzichtbarkeit dieser Zuschläge ergeben.

Auszugehen ist davon, dass der Arbeitslose durch einen Verzicht auf den Familienzuschlag auf einen eigenen Anspruch verzichtet. Der Anspruch auf den Zuschlag ist rechtlich dem Arbeitslosen selbst und nicht den Angehörigen zugeordnet, weshalb sich aus der Zuordnung dieser Ansprüche auch keine Bedenken gegen die Verzichtbarkeit derselben ergeben können. Es kann sich also nur um sonstige Gründe handeln, die einen Verzicht ausschliessen. Diese Gründe sind in folgendem zu erblicken:

Wenn auch der Familienzuschlag rechtlich dem Arbeitslosen zusteht, so ist doch die Zweckbestimmung desselben durch das Gesetz so eindeutig geregelt, dass ohne weiteres gesagt werden kann, dass der Anspruch auf den Familienzuschlag wirtschaftlich dem Angehörigen zukommt. Dies ergibt sich nicht nur aus der Fassung des Gesetzes, das von "Zuschlägen für die Angehörigen des Arbeitslosen" spricht, sondern vielmehr auch daraus, dass die Familienzuschläge nicht eine versicherungsmässige Gegenleistung für einen vom Arbeitslosen, wenn auch nur anteilmässig, erbrachten Beitrag darstellen, sondern eine rein sozial bedingte Zusatzleistung. Durch Schaffung einer spezifischen Bestimmung hat der Gesetzgeber auch sichergestellt, dass diese sozialen Zusatzleistungen nötigenfalls durch behördliche Massnahme auch tatsächlich ihrer eigentlichen Zweckbestimmung zugeführt werden, wenn dies der Arbeitslose nicht von sich aus

1. Vgl. RTDr. 2885, Begründung zu § 64 Abs. 1 S. 94; Brodhun-Strippel, Anm. 3 zu § 89 S. 89f; Fischer, Anm. 4a zu § 103 S. 449; Schmeisser, Anm. 1 zu § 103 S. 510f.
2. Vgl. auch die parallele Regelung in der Krankenversicherung, §§ 182 Abs. 1 Nr. 2, 205ff RVO.

tut. Es kann daher ein angemessener Teil des Arbeitslosengeldes, der in der Regel mindestens den Familienzuschlag ausmachen wird, an den Angehörigen ausbezahlt werden. Auch daraus folgt, dass der Angehörige der eigentlich wirtschaftlich Anspruchsberechtigte ist. Ein Verzicht auf den Familienzuschlag würde dem Angehörigen diesen ihm wirtschaftlich zustehenden Anspruch entziehen. Er würde einen Eingriff in die Rechtssphäre eines Dritten bedeuten, die das Gesetz durch § 181 Abs. 3 AVAVG besonders geschützt hat. Ein solcher Verzicht, der in die geschützte Rechtssphäre eines Dritten eingreift, der sich als eine Verfügung zu Lasten eines Dritten darstellt, kann nicht wirksam sein. Es wäre dies ein verstoss gegen das den §§ 89 Abs. 1 und 181 Abs. 3 AVAVG immanente Verbot über die Zuschläge anders als zum Unterhalt der Angehörigen zu verfügen, was nur die Unwirksamkeit zur Folge haben kann. Wenn auch die Tatsache, dass der Verzicht einen Eingriff in die geschützte Rechtssphäre eines Dritten darstellt, nur zu dem Schluss berechtigen würde, dass der Verzicht allein den Angehörigen gegenüber, also nur relativ unwirksam ist, so wird man andererseits besonders den sozialen Gesichtspunkt bewerten müssen, der zur Gewährung der Familienzuschläge geführt hat. Dann nämlich stellt sich der Verzicht nicht mehr als ein blosser Verstoss gegen geschützte Interessen einzelner Dritter dar, sondern als ein Verstoss gegen übergeordnete soziale bzw. öffentliche Interessen. Dies aber kann nicht nur relative Unwirksamkeit nach sich ziehen, sondern muss Unwirksamkeit schlechthin bewirken, § 134 BGB i. V. m. §§ 89 Abs. 1, 181 Abs. 3 AVAVG (1, 2, 3, 4).

1. Im Ergebnis ebenso Brodhun-Strippel, Anm. 3 zu § 89 S. 89f; Krebs, Anm. 5 zu § 89 S. 304; Hess. LSG in Breith. 1957 S. 81ff.
2. Zwar ist ein gesetzliches Verbot in den §§ 89 Abs. 1 und 181 Abs. 3 AVAVG nicht ausdrücklich ausgesprochen, was jedoch auch nicht erforderlich ist (vgl. RGR-Komm. I, Anm. 1 zu § 134 S. 257 in der Mitte; Staudinger-Brändel I, Anm. I 2, 2. Abs. zu § 134 S. 764). Sinn und Zweck dieser Bestimmungen ergeben, dass der Gesetzgeber eine andere Verwendung der Zuschläge als sie von ihm vorgesehen ist, missbilligt und damit verbietet. Insofern wird man sagen müssen, dass diese Normen, soweit sie die Zweckbestimmung der Zuschläge regeln, zwingend gelten sollen und keine abweichende Regelung zulassen. Den zwingenden Charakter wird man wegen der sozialen Zweckbestimmung bejahen müssen.
3. Zu der Frage, ob der Rechtsgedanke des § 134 BGB auch im

VII. Der Verzicht auf Familienzuschläge in der rechtssprechung des Reichsversicherungsamtes.

Aus den eben genannten Gründen lässt sich die Unwirksamkeit des Verzichtes auf Familienzuschläge bejahen. Der Spruchsenat für Arbeitslosenversicherung hat in seiner grundsätzlichen Entscheidung vom 16.10.1931(1) den Verzicht auf Familienzuschläge nur gegenüber den in § 175 Abs.3 AVAVG a.F. genannten Personen, Anstalten oder Behörden für unwirksam erklärt. Daraus lässt sich sehen, dass hier nur die Interessen der Angehörigen, nicht aber die übergeordneten sozialen Gesichtspunkte Berücksichtigung gefunden haben. Diese Gesichtspunkte kommen dann in der Entscheidung des Spruchsenates vom 8.5.1936(2) zum Ausdruck. Der wesentliche Teil dieser Entscheidung lautet:

"Kommt der Unterstützungsempfänger dieser Sorge für zuschlagsberechtigte Angehörige nicht nach, so dient der ihm trotzdem zustehende Anspruch auf Unterstützung nebst Familienzuschlägen als Grundlage, um durch Abzweigung eines angemessenen Teils (insbesondere in Höhe der Familienzuschläge) nach § 175 Abs.3 a.a.O. den Unterhalt der Angehörigen zu sichern. Der Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung und insbesondere auf die Familienzuschläge berührt also nicht nur den anspruchsberechtigten Arbeitslosen, sondern er greift darüber hinaus in den Bereich anderer öffentlicher Belange. Mit dieser öffentlichrechtlichen Beziehung des Anspruches auf Arbeitslosenunterstützung ist es nicht vereinbar, dass der einzelne Arbeitslose auf einen wesentlichen Teil dieses Anspru-

öffentlichen Recht gilt, vgl. Soergel-Lindenmaier I, Anm.1 zu § 134 S.303 sowie Staudinger-Brändl I, Anm.25 zu § 134 S.777, beide bejahend unter Hinweis auf RGZ 134, 163ff (167).

4. Besonders deutlich zeigt sich im Falle des bereits angeführten § 186 Abs.1 S.2 KVO, dass ein Verzicht auf das Hausgeld, bei dem die rechtliche Situation der der Familienzuschläge entspricht, nicht wirksam sein kann. Wird dem Versicherten Krankenhausaufenthalt gewährt, so ist das Hausgeld für die Angehörigen die einzige Barleistung, die dem Versicherten zusteht (Taschengeld erhält der Versicherte neben dem Krankenhausaufenthalt nur dann, wenn kein Hausgeld gezahlt wird, vgl. § 194 Nr.2 KVO). Ein Verzicht auf das Hausgeld würde eine Abzweigung desselben nach § 186 Abs.1 S.2 KVO unmöglich machen und würde daher dem in dieser Bestimmung zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufen. Ein solcher Verzicht muss daher unwirksam sein (ebenso Morsey in BKK 1957 Sp.502ff unter V).
1. Vgl. RVA AN 1932 S.49. In der grunds. Entsch. Nr.4057 (AN 1931 S.196f = Knoll-Peters II S.561) ist die Frage der Wirksam-

ches, nämlich auf den Familienzuschlag verzichtet und damit der im Gesetz vorgesehenen Abzweigung dieses Teils der Arbeitslosenunterstützung den Boden entzieht. Der Senat ist daher zu der Auffassung gelangt, dass in der Arbeitslosenversicherung ein Verzicht jedenfalls auf den Anspruch auf Familienzuschläge unwirksam ist."

Der Senat sieht also zutreffend den Verstoss gegen die öffentlich-rechtlichen Belange als das entscheidende Kriterium für die Unwirksamkeit des Verzichtes an. Er fügt jedoch noch ein weiteres wichtiges Argument hinzu, indem er ausführt, dass durch einen Verzicht auf die Familienzuschläge der in § 175 Abs. 3 AVAVG a.F. vorgesehenen Abzweigungsmöglichkeit von Teilen der Arbeitslosenunterstützung schlechthin der Boden entzogen wird. Auch hinsichtlich dieser Begründung ist der Entscheidung voll zuzustimmen. Eine Abzweigung von Teilen des Arbeitslosengeldes nach § 181 Abs. 3 AVAVG ist nur möglich, wenn überhaupt ein Anspruch auf Familienzuschläge besteht. Dann allerdings braucht sich die Abzweigung nicht auf den Familienzuschlag zu beschränken, sondern kann auch den Hauptbetrag erfassen. Besteht jedoch ein Anspruch auf den Familienzuschlag nicht, dann kommt eine Abzweigung überhaupt nicht in Betracht.

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass diese Entscheidung des Spruchsenates in AN 1936 S. 248 auf § 175 Abs. 3 AVAVG a.F. beruht. Diese Regelung unterscheidet sich von § 181 Abs. 3 AVAVG dadurch, dass sie jeweils von "zuschlagsberechtigten Angehörigen" spricht, während in § 181 Abs. 3 nur von "Angehörigen" die Rede ist. Es mag daher der Eindruck entstehen, als ob diese Weglassung zur Folge hätte, dass nunmehr eine Abzweigung, die sich ja nicht auf den Familienzuschlag zu beschränken braucht, auch dann möglich ist, wenn ein Anspruch auf Familienzuschläge aus irgendwelchen Gründen nicht besteht, mithin also auch ein Verzicht keinerlei Einfluss auf die Massnahmen nach § 181 Abs. 3 haben könnte. Damit wäre aber auch der Begründung des Spruchsenates ein tragender Gesichtspunkt entzogen.

Diese angedeutete Konsequenz lässt sich jedoch aus dem Wegfall des Wortes "zuschlagsberechtig" in § 181 Abs. 3 AVAVG nicht ziehen. Der Wegfall hat vielmehr nur die Bedeutung, dass eine Abzweigung auch möglich ist, wenn trotz des Bestehens

keit des Verzichtes auf Familienzuschläge noch offengelassen.

eines Anspruches auf Familienzuschläge, dieser Anspruch nicht geltend gemacht werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn der Anspruch auf den Familienzuschlag wegen Gewährung von Kindergeld ruht(1). Hier kann zwar der Anspruch auf die Familienzuschläge nicht realisiert werden, doch erhält der Arbeitslose als Äquivalent für den Wegfall der Zuschläge das Kindergeld, weswegen auch in diesem Falle eine Abzweigung nach § 181 Abs.3 AVAVG möglich ist.

Nur in diesem eben genannten Sinne kann der Wegfall des Wortes "zuschlagsberechtigt" verstanden werden. Dies ergibt sich ganz klar aus den Materialien. Der Entwurf der Bundesregierung über ein Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung(2) sah für § 175 Abs.3 eine Fassung vor, die das Wort "zuschlagsberechtigt" wie bisher auch enthielt. Der Ausschuss für Arbeit änderte diesen Absatz in der Weise ab, dass er jeweils nur von "Angehörigen" sprach. In dieser abgeänderten Form wurde § 175 Abs.3 auch vom Bundestag angenommen. In dem zweiten schriftlichen Bericht des Ausschusses für Arbeit(3) wurde zu der Änderung folgendes ausgeführt: "In Abs.3 wurde die Regierungsvorlage geändert, sodass die Abzweigung eines Teiles des Arbeitslosengeldes auch dann zulässig ist, wenn der Anspruch auf den Familienzuschlag wegen Gewährung des Kindergeldes ruht." Hieran zeigt sich, dass auch nach der neuen Regelung das Bestehen eines Anspruches auf den Familienzuschlag Voraussetzung für die Abzweigung von Teilen des Arbeitslosengeldes nach § 181 Abs.3 AVAVG ist. Könnte der Anspruch auf den Familienzuschlag durch einen Verzicht zum Erlöschen gebracht werden, dann wäre damit einer Massnahme nach § 181 Abs.3 AVAVG der Boden entzogen, was aber dem in dieser Bestimmung zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers widersprechen würde. Es ist dies also ein zusätzliches Argument, das gegen die Verzichtbarkeit der Familienzuschläge spricht.

Diese Ausführungen zeigen aber auch, dass die genannte Entscheidung des RVA auch heute noch, sowohl was das Ergebnis

1. Vgl. § 89 Abs.5 AVAVG.

2. Vgl. BTDr. Nr. 1274

3. Vgl. BTDr. Nr. 2714, Begründung zu § 175 S.20

als auch was die Begründung betrifft, volle Gültigkeit besitzt(1).

VIII. Der Verzicht auf Familienzuschläge bei der Arbeitslosenhilfe.

Nachdem in den Absätzen II - VII die Frage der Wirksamkeit des Verzichtes auf Familienzuschläge bei dem Anspruch auf Arbeitslosengeld behandelt wurde, soll nun dieselbe Frage hinsichtlich der Familienzuschläge bei der Arbeitslosenhilfe erörtert werden. Dabei kann weitgehend auf die entsprechenden Ausführungen in den vorhergehenden Absätzen Bezug genommen werden.

Ebenso wie der Anspruch auf Arbeitslosengeld ist auch derjenige auf Arbeitslosenhilfe ein zusammengesetzter, d.h. er besteht aus dem Hauptbetrag für den Arbeitslosen und den Familienzuschlägen für die Angehörigen(2). Da es sich also auch bei dem Anspruch auf Arbeitslosenhilfe um einen einheitlichen, aus zwei Bestandteilen zusammengesetzten Anspruch handelt, ist auch in diesem Falle allein der Arbeitslose selbst und zwar auch hinsichtlich der Zuschläge anspruch- und antragsberechtigt(3).

Auch hinsichtlich der Zweckbestimmung der Zuschläge bei der Arbeitslosenhilfe und hinsichtlich der Sicherung dieser Zweckbestimmung durch § 181 Abs. 3 AVAVG(4) gilt das zu III und IV Gesagte entsprechend.

Schliesslich sei noch gesagt, dass auch der Familienzuschlag bei der Arbeitslosenhilfe, ebenso wie beim Arbeitslosengeld, eine soziale Zusatzleistung ist.

-
1. Das Hess. LSG hat sich in seiner Entscheidung in Breith. 1957 S. 81ff ausdrücklich der Rechtsprechung des RVA angeschlossen. Das BSG hat in seiner Entscheidung in SG 1956 S. 222 Nr. 11 (= Sozialrecht Teil B, Arbeitslosenvers., Bd. 1 Entsch. Nr. 1 zu § 103 AVAVG sowie Entsch. BSG Bd. 3 S. 112ff) die Frage der Wirksamkeit des Verzichtes auf Familienzuschläge ausdrücklich offengelassen. Andere Entscheidungen des BSG zu dieser Frage liegen nicht vor.
 2. Vgl. §§ 144 Abs. 1 S. 2; 89 Abs. 1 AVAVG.
 3. Vgl. die Ausführungen oben II a - c.
 4. Welche Regelung nach § 144 Abs. 1 S. 2 auch für die Arbeitslosenhilfe gilt.

Stimmen aber die Zuschläge beim Arbeitslosengeld und bei der Arbeitslosenhilfe hinsichtlich ihrer Zweckbestimmung und ihrer rechtlichen Ausgestaltung überein, so müssen auch die Konsequenzen hinsichtlich der Verzichtbarkeit die gleichen sein.

Dies bedeutet, dass auch ein Verzicht auf die Familienzuschläge bei der Arbeitslosenhilfe aus den in Abs. VI genannten Gründen unwirksam sein muss. Der Verzicht würde nicht nur einen Eingriff in die geschützte Rechtssphäre der Angehörigen bedeuten, er würde vielmehr auch einen Verstoß gegen übergeordnete soziale Interessen darstellen(1).

IX. Die Unverzichtbarkeit der Familienzuschläge als Teilergebnis.

Betrachtet man die im Thema enthaltene Fragestellung, so kann man auf Grund der vorstehenden Ausführungen als Teilergebnis festhalten, dass ein Verzicht auf Arbeitslosengeld bzw. Arbeitslosenhilfe jedenfalls insoweit nicht möglich ist, als es sich um die Familienzuschläge handelt.

In den folgenden Abschnitten wird die weitere Frage zu prüfen sein, ob ein Verzicht auf den Hauptbetrag beim Arbeitslosengeld bzw. bei der Arbeitslosenhilfe möglich ist. Wenn daher in den folgenden Erörterungen vom Arbeitslosengeld bzw. der Arbeitslosenhilfe die Rede ist, so handelt es sich hierbei jeweils nur um die Hauptbeträge, also die für den Arbeitslosen selbst bestimmten Teile der Unterstützungsansprüche.

1. Ebenso Hess. LSG in Breith. 1957 S. 81ff, das die Unwirksamkeit des Verzichtes auf Familienzuschläge nicht nur beim Arbeitslosengeld sondern auch bei der Arbeitslosenhilfe ausdrücklich bejaht.

Z W E I T E R A B S C H N I T T .

Der Verzicht auf die Hauptbeträge.

Wurde im vorhergehenden Abschnitt dieser Arbeit von der Verzichtbarkeit der Familienzuschläge beim Arbeitslosengeld und bei der Arbeitslosenhilfe gesprochen und musste sie dort verneint werden, so wird in diesem Abschnitt von der Verzichtbarkeit der anderen Bestandteile der Unterstützungsansprüche, nämlich der Hauptbeträge, die Rede sein.

Das AVAVG und - von einzelnen Bestimmungen abgesehen, die über den konkreten Anwendungsfall hinaus nicht als Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes angesehen werden können - auch die übrigen Sozialversicherungsgesetze enthalten keine gesetzliche Regelung über den Verzicht auf Leistungen aus der Sozialversicherung. Die Klärung dieses Problems war daher schon immer Aufgabe der Rechtsprechung und des Schrifttums.

Überblickt man diese, so wird man feststellen können, dass speziell die Verzichtbarkeit auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung, von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen, keine Erörterung gefunden hat. Demgegenüber sind Rechtsprechung und Schrifttum zur Frage des Verzichtes in den anderen Zweigen der Sozialversicherung verhältnismässig umfangreich. Da nun die Arbeitslosenversicherung als Teilgebiet der Sozialversicherung im grossen Zusammenhang derselben betrachtet werden muss, bestehen auch keine Bedenken, die in den übrigen Bereichen der Sozialversicherung entwickelten Grundsätze über den Verzicht entsprechend auch auf die Arbeitslosenversicherung anzuwenden, soweit es deren Eigenart gegenüber den anderen Sozialversicherungszweigen gestattet. Die Beschränkung der Erörterung auf die Sozialversicherung macht es notwendig, die mit der Arbeitslosenhilfe zusammenhängenden Fragen zunächst einmal zurückzustellen.

Die Auffassungen, die sich in der Rechtsprechung und im Schrifttum zu dem Problem der Verzichtbarkeit auf Leistungen aus der Sozialversicherung im Laufe der Jahre entwickelt ha-

ben, sind sehr zahlreich. Sie füllen eine ganze Skala aus, die von der uneingeschränkten Verzichtbarkeit über mannigfaltige Modifikationen bis zur Unverzichtbarkeit hin reicht. Sie sind nicht nur in Bezug auf die einzelnen Versicherungszweige, sondern auch innerhalb derselben unterschiedlich.

Dieser Umstand erfordert es, zunächst einen Überblick über die bestehenden Verzichtsgrundsätze zu geben. Es kann dabei nicht darum gehen, sämtliche von der Rechtsprechung und vom Schrifttum behandelten Verzichtsfälle wiederzugeben, vielmehr werden nur diejenigen Fälle behandelt, die eine grundsätzliche Aussage zur Frage des Leistungsverzichtes machen(1).

ERSTER UNTERABSCHNITT.

I. Rechtsprechung und Schrifttum zur Frage des Verzichtes auf Leistungen aus der Sozialversicherung.

1. In der Krankenversicherung.

Während in den übrigen Zweigen der Sozialversicherung (namentlich in der Unfall- und Rentenversicherung) die Meinungen

1. Entscheidungen, die hier unberücksichtigt bleiben müssen, sind beispielsweise die des Bad. VGH vom 22.11.1894 in AV 1894 S.112. Der VGH behandelt hier den Fall des Verzichtes auf Leistungen aus der Kr. Vers. zum Nachteil des Ortsarmenverbandes, der Regressansprüche gegenüber der Kr. Kasse geltend macht. Entsprechend gelagert sind auch die Entscheidungen des Bad. VGH vom 14.1.1902 in Reger Bd.22 S.224, des Preuss. OVG vom 27.11.1902 in Reger Bd.24 S.145 sowie des RVA vom 16.12.1903 AN 1904 S.481. In allen diesen Fällen ist der Verzicht für unwirksam oder für relativ unwirksam erklärt worden.

In den Entsch. des Bayer. LVA vom 29.4.1924 EuM Bd.17 S.79ff ist der Verzicht des gesetzlichen Vertreters auf die Unfallrente des minderjährigen Verletzten für unwirksam erklärt worden, weil darin eine Schenkung zu erblicken sei (§ 1641 BGB).

Diese angeführten Beispiele haben hier keine Bedeutung. Sie berücksichtigen nur Sonderfälle ohne jedoch auf Grundsätzliches einzugehen. Die Unwirksamkeit des Verzichtes in diesen Fällen wäre wohl auch dann anzunehmen, wenn man die Verzichtbarkeit der betreffenden Leistungen an sich bejahen müsste.

zu der Frage des Verzichtes auf Leistungen gewisse Begrenzungen aufweisen, indem sie entweder die Verzichtbarkeit bejahen oder sie nur mit gewissen Einschränkungen zulassen, sind in der Krankenversicherung die Möglichkeiten der Beantwortung dieser Frage von der Unverzichtbarkeit bis zur uneingeschränkten Verzichtbarkeit hin voll ausgeschöpft. Dies wird nicht zuletzt daran liegen, dass gerade in der Krankenversicherung praktisch seit dem Inkrafttreten der RVO keine höchst-richterliche Rechtsprechung zur Frage des Verzichtes auf Kassenleistungen vorhanden ist.

a) Die Auffassungen, die den Verzicht auf Kassenleistungen schlechthin für unwirksam halten, führen zur Begründung an, die Verpflichtung der Kassen zur Gewährung der Mindestleistungen sei öffentlichen Rechts und deswegen der Privatwillkür entzogen(1). Die Leistungen der Krankenversicherung seien ihrer rechtlichen Natur nach versicherungsmässige Fürsorge. Mit der Zielsetzung der Sozialversicherung, nämlich der Schaffung eines höheren Masses staatlicher Fürsorge stehe es nicht im Einklang, wenn es den Berechtigten ohne jede Einschränkung gestattet sei, auf die Ansprüche aus der Krankenversicherung zu verzichten und damit deren bestimmungsmässige Verwendung zu vereiteln(2). Es bestehe zudem die Gefahr, dass der Verzichtende der öffentlichen Fürsorge zur Last falle und diese infolge des Verzichtes nicht einmal die Möglichkeit habe Regressansprüche geltend zu machen(3). Durch den Verzicht könne der Zwangscharakter des Versicherungsschutzes in einer Weise durchlöchert werden, durch die er das Wesentlichste und Wertvollste einbüsse(4).

1. So LG Hagen vom 18.12.1890 AV 1897 S.204ff.

2. So Bültmann in SV 1950 S.234ff.

3. Bültmann aaO. Indessen erscheint gerade diese Begründung nicht sehr geeignet, um die Verzichtbarkeit schlechthin zu verneinen, denn sie übersieht, dass der Versicherte in vielen Fällen einen Verzicht nur aussprechen wird, wenn ihm irgendwelche Mittel zur Verfügung stehen, weswegen die öffentliche Fürsorge für ihn nicht in Betracht kommt. Wie aber soll in diesen Fällen die Frage der Verzichtbarkeit beantwortet werden? Diese Begründung bezieht sich also auch nur auf einen Einzelfall, die aber nichts über die grundsätzliche Ver- oder Unverzichtbarkeit aussagen kann.

4. So Lieske in VZ 1931 S.328, der neben diesen allgemeinen Erwägungen auch speziell Krankenversicherungsrechtliche

b) Wie sich aus Vorstehendem ergibt, wird die Unverzichtbarkeit der Kassenleistungen mit allgemeinen Erwägungen, nämlich mit dem Hinweis auf die Zielsetzung, den Zwangscharakter der Sozialversicherung und ähnlichem begründet. Überwiegend wird in der Krankenversicherung wohl die Meinung der bedingten und zum Teil auch unbedingten Zulässigkeit des Verzichtes vertreten. Dabei beruhen die unterschiedlichen Auffassungen über die bedingte bzw. die unbedingte Zulässigkeit des Verzichtes nicht auf einer grundsätzlichen Meinungsverschiedenheit über die Grenzen der Verzichtbarkeit der Kassenleistungen überhaupt, vielmehr sind sie das Ergebnis einer teilweise unklaren und uneinheitlichen Anschauung über das Institut des Verzichtes. Charakteristisch hierfür ist die Entscheidung des Bad. VGH vom 28.2.1909(1), in welcher der Verzicht auf Krankenunterstützung vom Standpunkt des Versicherten (also als einseitiges Rechtsgeschäft) für zulässig erachtet wird, dagegen ein von der Kasse herbeigeführter Verzicht (wie jede Vereinbarung zwischen Kasse und Versicherten schlechthin) für unzulässig gehalten wird, soweit er gegen § 80 KVG verstösst(2). Je nachdem also, ob der Verzicht als einseitiges oder zweiseitiges Rechtsgeschäft angesehen wird, ist auch die Antwort auf die Wirksamkeit desselben unterschiedlich. Über die Ver-

Argumente anführt.

Unter Berufung auf Lieske spricht sich Bültmann auch in einem früheren Aufsatz in OKK 1934 S.353ff, wenn auch nicht so eindeutig wie dieser, für die Unverzichtbarkeit der Kassenleistungen aus.

Im Ergebnis ebenso Völz in SV 1955 S.215ff, der jedoch zu Unrecht davon ausgeht, dass diese Auffassung allgemein anerkannt sei.

Vgl. auch die Entscheidung des Bad. VGH vom 22.11.1894 AV 1894 S.112, wo es heisst, dass die Ansprüche aus der Krankenversicherung nicht übertragbar und nicht verpfändbar seien, womit der VGH allgemein auf die fehlende Verfügungsbefugnis und damit auch auf die Unmöglichkeit eines Verzichtes hinweisen will.

1. Vgl. AV 1909 S.220ff.

2. Vgl. § 80 des KVG vom 15.6.1883 (RGL. S.73) i.d.F. des Gesetzes vom 10.4.1892 (RGL. S.379) wo es heisst: "Den Arbeitgebern ist untersagt, die Anwendung der Bestimmungen dieses Gesetzes zum nachteil der Versicherten durch Verträge (mittelst Reglements oder besonderer Ubereinkunft) auszuschliessen oder zu beschränken. Vertragsbestimmungen, welche diesem Verbot zuwiderlaufen, haben keine rechtliche Wirkung."

zichtbarkeit auf Kassenleistungen ist aus dieser Unterscheidung jedoch nichts zu entnehmen. Die Kassenleistungen können nur verzichtbar oder unverzichtbar sein, die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Verzichtes kann sich jedoch nicht danach richten, ob er ein ein- oder zweiseitiges Rechtsgeschäft ist.

In Anlehnung an diese Entscheidung des Bad. VGH vom 28.2. 1909 ist dann auch im Schrifttum zum Teil die Auffassung vertreten worden, dass der Verzicht als einseitiges Rechtsgeschäft wirksam, als Vereinbarung mit der Kasse jedoch mit Rücksicht auf § 80 KVG (§ 139 Abs. 1 S. 2 RVO) (1) unwirksam sei (2).

c) Abgesehen von den eben genannten Fällen und ohne Rücksicht auf die Natur des Verzichtes als ein- oder zweiseitiges Rechtsgeschäft wird im übrigen für das Gebiet der Krankenversicherung angenommen, dass Verzichte unwirksam sind, wenn sie gegen § 80 KVG (§ 139 Abs. 1 S. 2 RVO) verstossen, d. h. wenn sie sich darstellen als Abmachungen zum Nachteil des Versicherten. Wenn auch in diesen Bestimmungen das Verbot, die Vorschriften der Versicherungsgesetze zum Nachteil der Versicherten auszuschliessen oder zu beschränken nur den Arbeitgebern (bzw. ihren Angestellten), nicht aber auch gegenüber den Versicherungsträgern bestehe, so müsse doch aus der Stellung der Kassen als Organe der sozialpolitischen Fürsorge geschlossen werden, dass dieses Verbot nicht minder auch ihnen gegenüber gelte. Ein Verzicht auf die Kassenleistungen ist also nur dann wirksam, wenn die durch den Verzicht erwachsenen Nachteile durch mindestens gleichwertige Zuwendungen ausgeschlossen werden (3).

1. Der § 139 Abs. 1 S. 2 RVO besagt: "Den Arbeitgebern und ihren Angestellten ist ferner untersagt, durch Übereinkunft oder Arbeitsordnung zum nachteil der Versicherten die Vorschriften dieses Gesetzes ganz oder teilweise auszuschliessen."
2. Vgl. Hoffmann RVO, Anm. 3 zu § 182 S. 83f; Stier-Somlo 1915, Anm. 5 zu § 182 S. 371; Paul in BKK 1934 S. 418f; letzterer führt aus, dass die Einschränkung der einseitigen Verzichtsmöglichkeit eine unerträgliche Einengung des freien Verfügungsrechtes des Versicherten über sein Vermögensrecht darstelle.
Für die Möglichkeit eines einseitigen Verzichtes im Sinne einer Nichtannahme der Leistungen auch Lieske in VZ 1931 S. 320ff, der einem solchen Verzicht jedoch keinerlei Wirkungen beimesen will (S. 328).
3. Vgl. Bad. VGH vom 5.4.1905 AV 1906 S. 13; Bayer. VGH vom 3.4.1911 AV 1912 S. 228; Antworten auf Anfragen in AV 1908

2. In der Unfallversicherung.

a) Ein gegenüber der Krankenversicherung, wo die Auffassungen doch erheblich auseinandergehen, einheitlicheres Bild bietet sich in der Unfallversicherung. Hier hat insbesondere das RVA und ihm folgend das Schrifttum Verzicht auf Leistungen dann für unwirksam erklärt, wenn sie sich nach Lage der Sache als eine Vereinbarung zum Nachteil des Versicherten darstellen. massgebend hierfür waren - jedenfalls bis zum Inkrafttreten der RVO - die Bestimmungen des § 99 Unfallversicherungsgesetz (UVG) (1) bzw. die dem § 99 UVG entsprechenden Bestimmungen der Unfallversicherungsgesetze vom 30.6.1900 (2). Diese Bestimmungen, die im wesentlichen mit dem vorgenannten § 80 KVG übereinstimmten, dehnten im Gegensatz dazu das Verbot der Ausschliessung oder Beschränkung gesetzlicher Bestimmungen zum Nachteil der Versicherten auch auf die Versicherungsträger aus (3). Entscheidend für die Frage der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Verzichts war also entsprechend diesen Bestimmungen allein, ob dem Versicherten ein Nachteil entsteht oder nicht (4). Konnte der durch den Verzicht erlittene

S. 701 Nr. 2, 1912 S. 120 Nr. 19, 1912 S. 142 Nr. 13; Hahn-Kühne, Anm. 7 zu § 139 S. 162; Hoffmann, KVG, Anm. zu § 80 letzter Absatz S. 513.

Bültmann in SV 1950 S. 234ff sowie Morsey in BKK 1957 Sp. 502ff nehmen zwar grundsätzlich Unwirksamkeit des Verzichts auf Kassenleistungen an, wollen ihn jedoch ausnahmsweise zulassen, wenn dem Versicherten daraus keine Nachteile erwachsen.

Hahn in AV 1901 S. 408 lässt den rein ökonomischen Ausgleich der durch den Verzicht erlittenen Nachteile nicht genügen. Die Versicherungsorgane seien nicht befugt, an die Stelle eines dem Versicherten vom Gesetz zugedachten Vorteiles einen Vorteil anderer Art zu setzen.

1. UVG vom 6.7.1884 (RGBl. S. 69).
2. RGBl. S. 573 - 773; vgl. §§ 141 GewÜVG, 152 LandwUVG, 45 Abs. 2 BauUVG, 139 SeeUVG.
3. Vgl. z. B. § 141 GewÜVG: "Den Berufsgenossenschaften sowie den Betriebsunternehmern und ihren Angestellten ist untersagt, durch Übereinkunft oder mittelst Arbeitsordnung die Anwendung der Bestimmungen dieses Gesetzes zum Nachteil der Versicherten ganz oder teilweise auszuschliessen..."
4. Vgl. für den Rechtszustand vor Inkrafttreten der RVO die Entscheidungen des RVA Nr. 1648 AN 1897 S. 466f; Nr. 1649 AN 1897 S. 468; Nr. 2463 AN 1911 S. 393; Bayer. LVA EuM Bd. 3 S. 59; Handbuch der Unfallversicherung I Anm. 3 zu § 141 GewÜVG S. 634; Woedtke - Caspar, Anm. 2 zu § 141 GewÜVG S. 517.

Nachteil durch andere Leistungen ausgeglichen werden, so standen der Wirksamkeit des Verzichtes keine Bedenken entgegen. So hat das RVA(1) den Verzicht eines im Betrieb der staatlichen Eisenbahnverwaltung verletzten Arbeiters für den Fall seiner Anstellung als Beamter mit dem Hinweis darauf für rechtswirksam erachtet, dass der als Beamter übernommene Versicherte höhere Bezüge habe, als sein früherer Verdienst unter Hinzurechnung des Betrages der Unfallversicherung ausgemacht habe.

b) Auch nach Inkrafttreten der RVO hat sich an dieser Rechtsprechung nichts geändert(2). Dies, obwohl die genannten Bestimmungen der Unfallversicherungsgesetze, auf die sich das RVA stützte, ebenso wie § 80 KVG, durch § 139 Abs. 1 S. 2 RVO abgelöst wurden, welcher, wie schon ausgeführt, das Verbot des Ausschlusses oder der Beschränkung gesetzlicher Bestimmungen zum Nachteil der Versicherten nur den Arbeitgebern und ihren Angestellten gegenüber aufrechterhielt. Das RVA hat zwar(3) angesichts des Wortlautes des § 139 Abs. 1 S. 2 RVO die Frage offengelassen, ob diese Bestimmung auch gegenüber den Berufsgenossenschaften zur Anwendung kommen kann; es hat jedoch durchblicken lassen, dass es dies bejaht, indem es ausgeführt hat: " - eine Begründung dafür, dass dieses Verbot für Versicherungsträger nicht mehr gelten solle, ist nicht ersichtlich. - "(4). Die stillschweigende Einbeziehung der Berufsgenossenschaften unter § 139 RVO dürfte letztlich auch für die Fortführung der früheren Rechtsprechung des RVA massgebend gewesen sein.

-
1. Vgl. Entsch. Nr. 2463 AN 1911 S. 393.
 2. Vgl. Bayer. LVA v. 28.4.1913 in Soergel's Jahrbuch 1915 S. 23; RVA vom 13.9.1927 EuM Bd. 21 S. 169; RVA vom 13.8.1936 EuM Bd. 40 S. 1; LSG Hamburg vom 22.11.1955 Breith. 1956 S. 59 off; Lauterbach, Anm. 6 zu § 558 S. 43; Schulz in BG 1936 S. 88 ff allerdings nur für die festgestellte unfallrente, während der Verzicht bei streitigen Ansprüchen ohne weiteres möglich sein soll.
 3. Vgl. RVA EuM Bd. 21 S. 169.
 4. Im Ergebnis ebenso RVA EuM Bd. 40 S. 1 ff; LSG Hamburg Breith. 1956 S. 59 off.

3. In der Rentenversicherung der Arbeiter und Angestellten.

a) Während in der Unfallversicherung schlechthin und in der Krankenversicherung überwiegend die Verzichtbarkeit auf Leistungen aus diesen Versicherungszweigen nur bedingt, d.h. für den Fall bejaht wird, dass durch den Verzicht die Lage des versicherten im ganzen nicht verschlechtert wird, findet man in der Rechtsprechung und im Schrifttum zur Rentenversicherung die Auffassung uneingeschränkter Verzichtbarkeit der Leistungen vertreten. Dies gilt jedenfalls für die Zeit bis zum Inkrafttreten der RVO(1). Die uneingeschränkte Verzichtbarkeit wird bejaht, obwohl das IVG vom 13.7.1899 in § 180(2) eine Bestimmung enthielt, die - zwar nicht so weitgehend wie § 141 GewUVG - ebenso wie § 80 KVG das an die Arbeitgeber gerichtete Verbot des Ausschlusses oder der Beschränkung der Anwendung von Vorschriften des Gesetzes zum Nachteil der Versicherten festlegte. Der Gedanke des § 180 IVG hat also, im Gegensatz zu § 80 KVG in der Krankenversicherung, bei der Frage des Verzichtes auf Leistungen aus der Rentenversicherung - jedenfalls ausdrücklich - keine Rolle gespielt(3). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die erste Entscheidung des RVA(4), die die uneingeschränkte Wirksamkeit des Verzichtes bejaht und die zur Begründung im wesentlichen nur ausführt: "Zweifellos aber ist es rechtlich zulässig, dass der Kläger ebenso, wie er in jeder Lage des Verfahrens einen Vergleich schliessen kann, auch auf einen Teil des Anspruches verzichtet, mag es sich dabei um die Höhe der Rente oder um den Anfangstermin für die Zahlung handeln.", den Verzicht als einseitiges Rechtsgeschäft ansieht.

1. Vgl. die Entscheidungen des RVA Nr. 356 v. 13.10.1893 AN 1894 S. 126; Nr. 928 v. 21.6.1901 AN 1901 S. 612; Nr. 1023 v. 4.10.1902 AN 1902 S. 687; Nr. 1130 v. 18.5.1903 AN 1904 S. 419; Nr. 1522 v. 13.10.1910 AN 1910 S. 655; Trutzel, Anm. zu § 41 S. 210.
2. vgl. auch § 145 des Reichsgesetzes über die Invaliditäts- und Altersversicherung der Arbeiter vom 22.6.1889, als Vorgänger des § 180 IVG.
3. Demgegenüber befürwortet Wahn in AV 1901 S. 405ff die Ausdehnung des in § 180 IVG enthaltenen Verbotes auf die Versicherungsanstalten mit dem Hinweis darauf, dass diese den versicherten auch als Träger sozialpolitischer Fürsorge gegenüberstehen. vgl. auch Rosin II S. 736 Fussn. 19.
4. Vgl. Entsch. nr. 356 AN 1894 S. 126.

Die Meinung jedoch, dass das RVA nur deswegen § 180 IVG, der ja von Vereinbarungen, also zweiseitigen Rechtsgeschäften ausgeht, nicht zur Anwendung gebracht hat und infolgedessen nicht zu einer bloss bedingten Zulässigkeit des Verzichtes auf Renten gelangt ist, dürfte fehlgehen, denn es hat auch in anderen Entscheidungen, in denen es den Verzicht ausdrücklich als zweiseitiges Rechtsgeschäft gekennzeichnet hat, die Bestimmung des § 180 IVG ausser acht gelassen und hat auch dort den Verzicht auf Rente uneingeschränkt zugelassen(1).

Zur Begründung dieses seines Standpunktes zur Frage des Verzichtes beruft sich das RVA in erster Linie auf den Grundsatz des BGB, dass eine Partei auf ihr Recht ganz oder teilweise verzichten kann, was auch auf dem Gebiet der Arbeiterversicherung gelten müsse(?). Dieser Grundsatz geht insofern über das Gebiet der Rentenversicherung hinaus, als er allgemein auf das Gebiet der Arbeiterversicherung für anwendbar erklärt wird, womit sich das RVA allerdings in einen gewissen Widerspruch zu seiner Rechtsprechung in den anderen Versicherungszweigen setzt.

Das RVA beruft sich weiter auf § 19 Abs.1 der Kaiserl.VO betreffend das Verfahren vor den Schiedsgerichten vom 22.11.1900(3), wo gesagt war, dass die Schiedsgerichte nur innerhalb der erhobenen Ansprüche entscheiden(4).

-
1. Vgl. RVA Nr.1522 AN 1910 S.655.
 2. Vgl. RVA Nr.928 AN 1901 S.612; dagegen insbesondere Kreil in AV 1936 S.120 mit dem Hinweis darauf, dass BGB-Vorschriften erst dann angewendet werden können, wenn ihrer Übernahme nicht Grundgedanken des Sozialversicherungsrechtes entgegenstehen. Auch das LSG Hamburg in Breith.1956 S.590ff weist auf die für diese Rechtsprechung des RVA massgebenden zivilrechtlichen Erwägungen hin, ohne dass dieses etwaige im Bereich der Sozialversicherung zu beachtende öffentliche und sozialrechtliche Grundsätze berücksichtigt.
 3. Diese VO galt für Angelegenheiten der Invaliden- und Unfallversicherung, während in Angelegenheiten der Krankenversicherung gemäss Art.4 Abs.1 des bayer. Gesetzes vom 26.5.1892 betreffend die Ausführung des KVG das Verwaltungsstreitverfahren vorgesehen war.
 4. Vgl. RVA Nr.928 AN 1901 S.612; im Ergebnis ebenso Fuisting AV 1932 S.433 unter Hinweis auf die §§ 31 VAO, 33 OVAO, 31 RVAO, die inhaltlich mit § 19 Abs.1 der genannten Kaiserl.Verordnung vom 22.11.1900 übereinstimmen. Ablehnend diesem Argument gegenüber Kreil in AV 1936 S.120.

Es weist schliesslich auf das Antragserfordernis in der Invalidenversicherung hin und leitet auch daraus, dass das Gesetz dem rechtsgeschäftlichen Willen des Versicherten eine wesentliche Bedeutung für die Rentenfeststellung eingeräumt habe, die Folgerung ab, dass der Versicherte auf seinen Rentenanspruch ganz oder teilweise verzichten könne(1).

b) Auch nach Inkrafttreten der RVO haben Rechtsprechung und Schrifttum an der Auffassung der grundsätzlichen Verzichtbarkeit der Leistungen aus der Rentenversicherung festgehalten(2). Den zur Begründung dieses Standpunktes bereits angeführten Argumenten, hat das RVA ein weiteres hinzugefügt durch den Hinweis auf die §§ 46 Abs.1 Nr.1, 30 Abs.2 Nr.1 und 28 der Kaiserl.VOen über Geschäftsgang und Verfahren der Versicherungs- und Obergewerkschaften sowie des Reichsversicherungsamtes(3), welche alle die Aufnahme von Verzichtleistungen in die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vorsahen(4).

Im übrigen ist jedoch trotz der Fortführung dieser Rechtsprechung eine gewisse einschränkende Tendenz hinsichtlich der Zulässigkeit des Verzichtes nicht zu verkennen. Dies zeigt sich nicht nur daran, dass das RVA die Grundsätze des BGB über die Verzichtbarkeit von Rechten, die es ursprünglich auf das ganze Gebiet der Arbeiterversicherung ausgedehnt hatte, auf die Invalidenversicherung beschränkt(5), sondern auch daran,

1. Vgl. RVA Nr. 1130 AN 1904 S. 419; ebenso Brackmann II S. 729 unter f; Düttmann-Seelmann, Anm. 10 zu § 1304 S. 154ff; Fuisting in AV 1932 S. 434; Hanow, Anm. 5f zu § 30 S. 122ff; Krohn-Zschimmer, Vorbem. 1 zu § 1545 S. 571; Mitgl. Komm. zur RVO, Anm. 4 zu § 1545 S. 140; Rosin II S. 733; "Der Versicherungsbote" 1915 S. 31f.
A.A. Bültmann SV 1950 S. 234ff; Kreil AV 1936 S. 120.
2. Vgl. Bayer. LVA v. 9. 1. 1914 AfR 1914 S. 225; Bayer. LVA v. 30. 1. 1914 EuM Bd. 4 S. 346; Sachs. LVA v. 13. 12. 1914 in Breith. 1925 S. 387; Bayer. LVA v. 14. 11. 1926 EuM Bd. 20 S. 177; OVA München v. 14. 7. 1950 Breith. 1951 S. 1209f; Hanow-Lehmann, Anm. 3 zu § 1308 S. 247; Weymann, Anm. 5 zu § 1269 S. 309f.
3. Die Verordnungen datieren vom 24. 12. 1911 (RGBl. S. 1107, 1093, 1083).
4. So RVA Nr. 1862 AN 1914 S. 554 (= Knoll-Peters I S. 307); auch Brackmann I S. 246w ff; Fischer, Verzicht, S. 67 sowie Hanow, Anm. 5f zu § 30 anerkennen diese Bestimmung als Grund für die Zulässigkeit des Verzichtes. A.A. Kreil AV 1936 S. 120.
5. Vgl. RVA Nr. 1862 AN 1914 S. 554ff (= Knoll-Peters I S. 307).

dass es den Verzicht zwar zulässt, aber nur in den Fällen, in denen er sich nicht zum Nachteil des Versicherten auswirkt (1). Damit ist auch in diesem Versicherungszweig der Anschluss an die einschränkende Rechtsprechung in den anderen Versicherungszweigen hergestellt. Die einschränkende Tendenz zeigt sich weiter auch darin, dass das RVA (2) den Verzicht auf die Rente nur für die Zukunft, nicht aber für die Vergangenheit zulässt, selbst dann nicht, wenn er unter Erstattung oder Verrechnung der bis dahin empfangenen Rente erfolgt. Das RVA weist darauf hin, dass die einmal kraft Gesetzes eingetretenen, in der Vergangenheit liegenden Wirkungen eines Versicherungsfalles der Einwirkung des Versicherten entzogen seien, soweit das Gesetz keine Ausnahme zulasse. Dies folge aus den öffentlich-rechtlichen Vorschriften der Sozialversicherung (3). Das RVA hat schliesslich in bestimmten Fällen auch den Verzicht auf Teile der Rente für unwirksam erklärt, so den Verzicht eines Wanderversicherten auf den Steigerungsbetrag aus den zur Angestelltenversicherung entrichteten Beiträgen bei Festsetzung der Invalidenrente mit Rücksicht auf den seinerzeitigen § 1290a RVO (4) und den Verzicht auf Teile der Ren-

1. Vgl. RVA Nr. 1739 v. 12.2.1913 AN 1913 S. 602; desgl. RVA Nr. 3158 v. 15.2.1928 AN 1928 S. IV 152ff; RVA Nr. 3349 v. 31.10.1928 AN 1929 S. 62ff; Krohn-Zschimmer, Vorbem. 1 zu § 1545 S. 571; Koch-Hartmann I, Anm. 4 zu § 23 AnVG S. 270.
2. Vgl. RVA Nr. 3158 AN 1928 S. IV 152ff.
3. Ebenso Fuisting in AV 1932 S. 433ff; Koch-Hartmann, Anm. 3 zu § 23 AnVG S. 270.
Gerade entgegengesetzter Auffassung ist Kreil in AV 1936 S. 120. Er hält den Verzicht auf künftige Leistungen grundsätzlich für unzulässig, da sonst die Gewährleistung des notwendigen Lebensbedarfes in Frage gestellt sei. Zulässig ist der Verzicht auf künftige Leistungen nur dann, wenn die für den Versicherten erforderliche Fürsorge auf andere Weise sichergestellt wird und die entsprechenden anderen Leistungen nur nach Verzicht auf die Versicherungsleistungen gewährt werden. Dagegen ist der Verzicht auf bereits fällige Leistungen zulässig, da zur Sicherung des Lebensbedarfes für eine bereits abgelaufene Zeit im allgemeinen kein Anlass bestehe.
In der Tat ist nicht einzusehen, warum die öffentlich-rechtlichen Vorschriften der Sozialversicherung zwar einen Verzicht auf die Rente für die Vergangenheit ausschliessen, aber einem Verzicht auf die Rente für die Zukunft nicht entgegenstehen sollen.
4. Vgl. die Entscheidung des RVA Nr. 3349 AN 1929 S. IV 62 (= Knoll-Peters II S. 593).

te, wenn sich der Verzichtende damit unter Umgehung des Gesetzes ungerechtfertigte Vorteile verschaffen will(1).

4. In der Arbeitslosenversicherung.

Es wurde bereits an anderer Stelle dargelegt, dass die Frage des Verzichtes auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung, von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen, in der Rechtsprechung und im Schrifttum keine Erörterung gefunden hat. Die gezählten höchstrichterlichen Entscheidungen, die sich mit der Verzichtbarkeit von Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung befassen, tun dies - ausdrücklich jedenfalls - nur im Hinblick auf die bereits behandelten Familienzuschläge(2). Der Verzicht auf die dem Arbeitslosen selbst zustehenden Teile der Arbeitslosenunterstützung ist - soweit ersichtlich - überhaupt noch nicht Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidung gewesen. Indessen kann gerade dem Urteil des RVA Nr. 5003 (AN 1936 S. 428), das die Unverzichtbarkeit der Familienzuschläge ausdrücklich bejaht hat, nicht jede Bedeutung für die Verzichtbarkeit der Arbeitslosenunterstützung allgemein abgesprochen werden. Dies ergibt sich insbesondere aus der Begründung dieser Entscheidung, wo das RVA darauf hinweist, dass der Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung und vor allem auf die Familienzuschläge nicht nur den anspruchsberechtigten Arbeitslosen berührt, sondern darüber hinaus in den Bereich anderer öffentlicher Belange eingreift. Mit dieser öffentlich-rechtlichen Beziehung des Anspruchs auf Arbeitslosenunterstützung ist es nach dem RVA nicht vereinbar, dass der Arbeitslose auf einen wesentlichen Teil dieses Anspruchs, nämlich auf den Familienzuschlag verzichtet.

Es ist zweifelhaft, ob diese Entscheidung, die sich speziell mit den Familienzuschlägen befasst, auch auf die Hauptbeträge angewendet werden kann. Immerhin spricht eine gewisse Vermutung dafür, dass das RVA durch den Hinweis auf die öffent-

1. Vgl. RVA Nr. 4141 AN 1931 S. IV 328 (= Knoll-Peters II S. 593); Bayer. LVA v. 13.9.1951, Breith. 1952 S. 384ff, wo dieses ausführt, dass ein Verzicht nur auf die ganze Invalidenrente nicht aber auf den Kinderzuschlag allein zulässig ist.
2. So die schon genannten Entsch. des RVA Nr. 4277 AN 1932 S. 49 (= Knoll-Peters III S. 36) und Nr. 5003 AN 1936 S. 428 (= Knoll-Peters III S. 283).

lich-rechtlichen Beziehungen des Anspruches auf Arbeitslosenunterstützung und die Ablehnung der Verzichtsmöglichkeit auf einen wesentlichen Teil dieses Anspruches, die Verzichtbarkeit der Arbeitslosenunterstützung schlechthin ausschliessen wollte.

Verneint wird die Verzichtbarkeit der Arbeitslosenunterstützung von der Spruchkammer Dresden in einer Entscheidung vom 4.6.1929(1) mit der Begründung, dass das Gesetz einen Verzicht auf laufende Arbeitslosenunterstützung ebensowenig kenne, wie einen Verzicht auf irgendeine andere, durch die soziale Gesetzgebung gewährte Leistung(2). Während sich diese beiden Entscheidungen mittelbar oder unmittelbar für die Unverzichtbarkeit der Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung aussprechen, vertritt der Bundesminister der Arbeit in einem Erlass vom 18.11.1954, gerichtet an die obersten Arbeitsbehörden der Länder(3) eine entgegengesetzte Auffassung. Er führt darin u.a. aus, dass Folgen, die sich aus einem freiwilligen Verzicht auf die Hauptunterstützung ergeben von dem Anspruchsberechtigten selbst zu vertreten sind. Dieser Erlass geht also offensichtlich von der Zulässigkeit des Verzichtes auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung aus.

Im ganzen gesehen wird man sagen können, dass die Rechtslage hinsichtlich des Verzichtes auf Leistungen (insbes. der Hauptunterstützungen) gerade auf diesem Gebiet noch völlig ungeklärt ist(4). Von dem Vorhandensein einer eigentlichen Rechtsprechung zu dieser Frage kann nicht gesprochen werden und die Literatur hat sich damit überhaupt nicht befasst.

1. Vgl. "Die Spruchpraxis" 1929/30 S.258.

2. Vgl. auch die kritische Stellungnahme zu dieser Entscheidung von Röttzsch in "Der öffentliche Arbeitsnachweis, Abt.: Arbeitslosenversicherung" 1930-31 S.147.

3. Vgl. BVBl. 9/54 S.124.

4. Eine ähnliche Situation findet man auch auf dem Gebiet der knappschaftlichen Versicherung. In der Literatur zum Reichsknappschaftsgesetz wird der Verzicht auf Rente nicht behandelt, vgl. z.B. Kammertöns Johannes, Die knappschaftliche Rentenversicherung; Miesbach-Ostl., Reichsknappschaftsgesetz; Reuss Max, Das Preussische Berggesetz; Thielmann Hans, Die Knappschaftsversicherung.

II. Rechtsprechung und Schrifttum zur Frage des Verzichtes auf Leistungen der Kriegsopferversorgung.

Abgesehen von den oben behandelten Sozialversicherungszweigen soll nun noch ein kurzer Blick auf die Rechtsprechung und das Schrifttum zur Frage des Verzichtes auf dem der Sozialversicherung verwandten Gebiet der Kriegsopferversorgung geworfen werden. Dies erscheint deswegen nützlich, weil Rechtsprechung und Schrifttum auf diesem Gebiet überwiegend eine einheitliche Linie hinsichtlich des Verzichtes auf Versorgungsansprüche verfolgt haben, deren Ausgangspunkt u.E. richtungsweisend nicht nur für das Gebiet der Kriegsopferversorgung, sondern ebenso für das der Sozialversicherung ist, und weil im Bereich der Sozialversicherung, von einzelnen Ausnahmen abgesehen, eine ähnliche Auffassung, jedenfalls in dieser Deutlichkeit und Klarheit nicht vertreten wurde.

Das Reichsversorgungsgericht (RVG) hat schon in seiner Entscheidung vom 14.1.1929(1) einen Verzicht auf Versorgung im Voraus für unwirksam erklärt, es dem Berechtigten jedoch freigestellt, die konkrete Leistung anzunehmen oder auf sie zu verzichten(2). Während aber das RVG hier noch von der Unterscheidung ausgeht zwischen Versorgungsansprüchen, die auf Antrag gewährt werden, welche ohne weiteres verzichtbar sind und denjenigen, die von Amts wegen zu gewähren sind, welche der eingangs dargelegten Beschränkung hinsichtlich der Verzichtbarkeit unterliegen, da in diesem Falle ein Verzicht den Willen des Gesetzgebers und die Vorschrift des Gesetzes nicht unwirksam machen könne, hat es in einer grundsätzlichen Entscheidung vom 11.8.1939(3) diese Unterscheidung aufgegeben und den Verzicht auf alle Versorgungsansprüche, soweit er sich auf die Zukunft bezieht, für unwirksam erklärt. Den Verzicht auf jeweils fällige einzelne Zahlungen jedoch, hat es, wie in der früheren Entscheidung auch, zugelassen(4).

1. Vgl. RVGE Bd.8 S.137.

2. Unter Anlehnung an diese Entsch. ebenso Drittl., VB 1931 S.56; Wende in KOV 1953 S.64; für einen Verzicht im Sinne der Aufgabe der einzelnen Leistungen auch RVBl. 1923 S. 192 Nr.413; Arendts, Anm.2 zu §§ 68-71 S.377 sowie Komm. zum RVGes. von RVBeamten, Anm.36 zu § 67 S.565.

3. Vgl. RVGE Bd.14 S.48ff.

4. Ebenso Köster in AV 1940 S.429f.

Zur Begründung der Unwirksamkeit des verzichtes für die Zukunft stützt sich das RVG auf die für das Beamtenrecht entwickelten und in § 38 Abs.1 S.3 des früheren DBG v.26.1.1937 zum Ausdruck gebrachten Grundsätze über den Verzicht im Beamtenrecht, wonach nicht nur der Beamte, sondern auch der Staat bzw. die Allgemeinheit ein Interesse an der Zahlung des Beamtengehaltes hätten. Demgegenüber lässt es den Verzicht auf die einzelnen fälligen Zahlungen zu, weil man den Berechtigten nicht zwingen könne, die Wohltaten des Gesetzes anzunehmen und zudem kassentechnisch unhaltbare Zustände eintreten würden, wenn man der zahlenden Kasse die Verpflichtung auferlegen wollte, die jedesmal fälligen Beträge zu berechnen und für den Berechtigten zu verwahren.

Das Ergebnis dieser Rechtsprechung ist nunmehr vom Schrifttum konkreter dahingehend gefasst worden, dass es den Verzicht auf den Versorgungsanspruch für rechtsunwirksam, dagegen den Verzicht auf die Versorgungsbezüge für rechtswirksam hält(1). Es liegt dieser Auffassung also die Unterscheidung zwischen dem Versorgungsanspruch im Sinne des abstrakten Rechtes auf Versorgung und dem Leistungsanspruch im Sinne des konkreten Rechtes auf die einzelne Leistung zugrunde, oder anders ausgedrückt, die Unterscheidung zwischen dem subjektiven öffentlichen Recht und der daraus fließenden Einzelbefugnis. Hierauf wird man u.E. auch bei der Frage des Verzichtes auf Leistungen aus der Sozialversicherung abstellen müssen, worauf jedoch in einem besonderen Abschnitt noch einzugehen sein wird(2).

Diese auf dem Gebiet der Kriegsoferversorgung entwickelte Auffassung über den Verzicht auf Versorgungsansprüche hat in gewissem Sinne eine offizielle Bestätigung

1. Vgl. van Nuis-Vorberg, Teil II S.19 VI 2a-b, Teil VI S.90 III 1-2; Schönleiter, Anm.21 zu § 1 S.10; Völz SV 1955 S.215f.
2. In der Sozialversicherung gelangen, soweit ersichtlich, nur eine Entscheidung des RVA und die von Kreil vertretene Meinung zu dem in der Kriegsoferversorgung aufgezeigten Ergebnis. Es handelt sich um die Entsch. des RVA vom 14.11.1907, wiedergegeben bei Ruisting in AV 1932 S.433, wo es den Verzicht auf die Festsetzung der Unfallrente schlechthin für unwirksam ansieht, dagegen den Verzicht auf die einzelnen Rentenzahlungen zulässt. Kreil in AV 1936 S.117ff hält den Verzicht auf Leistungen für die Zukunft für unwirksam, bejaht ihn dagegen für die Vergangenheit, wodurch letztlich auch auf den Unterschied zwischen abstraktem und konkretem

dadurch gefunden, dass die Verwaltungsvorschriften (VV) zum Bundesversorgungsgesetz (BVG) auf die soeben dargelegte Unterscheidung zwischen abstraktem Versorgungs- und konkretem Leistungsanspruch Bezug nehmen und den Verzicht auf den Versorgungsanspruch für unwirksam erklären (1), während der Verzicht auf Versorgungsbezüge für zulässig erachtet wird (2,3). Es darf dabei allerdings nicht übersehen werden, dass die Verwaltungsvorschriften keine Rechtsverordnung, sondern nur die mit der Durchführung des BVG befassten Behörden bindende Verwaltungsvorschriften sind. Eine Stellungnahme des Gesetzgebers zu der Frage des Verzichtes auf Versorgungsleistungen ist damit also nicht gegeben.

III. Die Bedeutung der von Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten Auffassungen zur Frage des Leistungsverzichtes in der Sozialversicherung für die Verzichtbarkeit des Arbeitslosengeldes.

1. Die Hauptgrundsätze über den Leistungsverzicht.

Die unter Punkt I gegebene Darstellung von Rechtsprechung und Schrifttum zur Frage des Leistungsverzichtes in der

Anspruch abgestellt wird.

1. Vgl. VV Nr. 3 zu § 1 BVG.

2. Vgl. VV Nr. 5 zu § 66 BVG.

3. Vgl. auch die kritische Stellungnahme von Scholmann im ZfS 1955 S. 4ff zu den VV Nr. 3 zu § 1 und Nr. 5 zu § 66 BVG. Scholmann, der den Verzicht auf den abstrakten Versorgungsanspruch für zulässig hält, geht davon aus, dass die VV Nr. 3 zu § 1 BVG, die den Verzicht auf Versorgungsansprüche schlechthin für unwirksam erklärt, nicht durch die bisherige versorgungsrechtliche Rechtsprechung gestützt werde, da die Entsch. des RVG in RVGE Bd. 8 S. 137 den Verzicht auf Leistungen, die nur auf Antrag zu gewähren seien für zulässig erachtet und nach dem BVG Leistungen grundsätzlich einen Antrag voraussetzen (vgl. § 1 Abs. 1 BVG). Scholmanns Ausgangspunkt ist hier falsch. Er übersieht nämlich völlig die bereits angeführte Entscheidung des RVG vom 11.8.1939 (RVGE Bd. 14 S. 48ff), in der das RVG unter Bezugnahme auf die frühere Entscheidung in RVGE Bd. 8 S. 137 die Unterscheidung zwischen nur auf Antrag und von Amts wegen zu gewährenden Leistungen aufgegeben hat und den Verzicht auf Versorgungsansprüche schlechthin für unwirksam erklärt hat. Insofern ist die VV Nr. 3 zu § 1 BVG durchaus durch die versorgungsrechtliche Rechtsprechung gestützt.

Sozialversicherung bestätigt die zu Beginn dieses Abschnittes getroffene Feststellung über die Vielfalt der Meinungen und beweist damit zugleich, dass dieses Problem bisher keiner wirklichen Lösung zugeführt werden konnte.

Trotz der Verschiedenheit der Auffassungen über die Möglichkeit eines Leistungsverzichtes zeigen jedoch die dazu gegebenen Begründungen, dass eine Reihe von Grundsätzen herausgebildet wurde, die über den Einzelfall hinaus Bedeutung erlangt haben und die dementsprechend als die tragenden Gesichtspunkte hinsichtlich der Frage des Verzichtes auf Leistungen aus der Sozialversicherung angesehen werden müssen.

Im einzelnen handelt es sich dabei um folgende Grundsätze:

- a) Die Verzichtbarkeit auf Leistungen aus der Sozialversicherung folgt aus § 19 Abs.1 der Kaiserl.Verordnung betreffend das Verfahren vor den Schiedsgerichten, welcher vorsah, dass die Schiedsgerichte nur innerhalb der erhobenen Ansprüche entscheiden.
- b) Die Verzichtbarkeit ergibt sich aus §§ 46 Abs.1 Nr.1, 30 Abs.2 Nr.1 und 28 der Kaiserl.Verordnungen über Geschäftsgang und Verfahren der Versicherungs- und Oberversicherungsämter sowie des Reichsversicherungsamtes, wonach Verzichtleistungen in die Niederschrift über die mündliche Verhandlung aufzunehmen sind.
- c) Die Verzichtbarkeit folgt aus der entsprechenden Anwendung der Grundsätze des BGB, nach denen ein Berechtigter ganz oder teilweise auf seine Rechte verzichten kann.
- d) Soweit Leistungen nur auf Antrag gewährt werden, ergibt sich die Verzichtbarkeit schon aus der Tatsache, dass durch Unterlassung der Antragstellung die Gewährung der Leistungen abgewendet werden kann.
- e) Die Verzichtbarkeit folgt aus §§ 607 Abs.2, 1303 Abs.2 a.F. RVO. Diese Vorschriften zeigen, dass der Gesetzgeber einen Verzicht auf Leistungen aus der Sozialversicherung nicht ausschliessen wollte, sodass schon aus diesem Gesichtspunkt der Verzicht ganz allgemein als zulässig anzusehen ist.
- f) Ein Verzicht ist ausgeschlossen, soweit er sich im Einzelfall als eine Abmachung zum Nachteil des Versicherten darstellt (§ 139 Abs.1 S.2 RVO, bzw. die Vorläufer dieser Bestimmung in den einzelnen Versicherungsgesetzen vor Inkrafttreten der RVO).

Diese unter a) - f) aufgeführten Begründungen für die Verzichtbarkeit bzw. für die nur bedingte Verzichtbarkeit von Leistungen aus der Sozialversicherung können als die Hauptgrundsätze angesehen werden, auf denen Rechtsprechung und Schrifttum aufgebaut haben und auf die sie sich auch heute noch ausschliesslich stützen(1). Es ist nun keineswegs so, dass die soeben herausgestellten Hauptgrundsätze einheitlich auf alle Sozialversicherungszweige angewendet worden wären. Das Gegenteil ist der Fall. So wurden beispielsweise die unter a) - d) aufgeführten Grundsätze speziell auf dem Gebiet der Invalidenversicherung entwickelt, nicht jedoch auf dem der Kranken- und Unfallversicherung. In gewisser Hinsicht ist dies auch berechtigt. So galt z. B. § 19 Abs. 1 der Kaiserl. VO betreffend das Verfahren vor den Schiedsgerichten nicht für die Krankenversicherung(2). Auch konnte der Gesichtspunkt, dass Leistungen nur auf Antrag zu gewähren sind nicht für den Bereich der Unfallversicherung Bedeutung erlangen, da dort die Leistungen von Amts wegen festgestellt werden. Andererseits ist nicht einzusehen, warum die Grundsätze des BGB über die Verzichtbarkeit von Rechten speziell in der Invalidenversicherung, nicht aber auch in der Kranken- und Unfallversicherung angewendet wurden, warum § 19 Abs. 1 der genannten Kaiserl. Verordnung nicht auch für die Verzichtbarkeit von Leistungen aus der Unfallversicherung Bedeutung haben sollte, da er doch auch für dieses Gebiet galt, warum das zu b) genannte Argument nicht auch auf das Gebiet der Kranken- und Unfallversicherung übertragen wurde, da doch die unter b) aufgeführten Verfahrensvorschriften auch in diesen Versicherungszweigen galten und schliesslich, warum die Verzichtbarkeit von Leistungen im Hinblick

1. Die von der Rechtsprechung und vom Schrifttum in Einzelfällen gegebenen weiteren Begründungen können an dieser Stelle nicht behandelt werden, weil es dabei nicht um bestimmte, fest umrissene Grundsätze geht, sondern um mehr allgemeine Erwägungen öffentlich-rechtlicher und sozialrechtlicher Art. Es wird jedoch von innen zwangsläufig noch in den folgenden Abschnitten gesprochen werden müssen, wenn nämlich von der Rechtsnatur der Sozialversicherungsleistungen und den Konsequenzen, die sich daraus für die Verzichtbarkeit ergeben, die Rede sein wird.
2. Vgl. S. 43 Anm. 3.

auf das Antragserfordernis nicht für die Krankenversicherung bejaht wurde, da doch Kassenleistungen auch nur auf Antrag gewährt werden. Was das unter f) genannte Argument betrifft, so wurde damit wiederum in erster Linie auf dem Gebiet der Kranken- und Unfallversicherung gearbeitet, nicht jedoch auf dem der Invalidenversicherung, obwohl vor dem Inkrafttreten der RVO das Invalidenversicherungsgesetz in § 180 eine dem § 80 KVG völlig entsprechende Bestimmung enthielt und nach Inkrafttreten der RVO in § 139 Abs. 1 S. 2 eine für alle Versicherungszweige der RVO in gleicher Weise geltende Regelung vorhanden war.

Es kann jedoch hier nicht unsere Aufgabe sein zu untersuchen, worauf eigentlich diese derart unterschiedliche Anwendung bestimmter Argumente auf gleichartige Tatbestände beruht - es ist hierfür in der Tat ein stichhaltiger Grund auch nicht ersichtlich, vielmehr ist dies nur ein zusätzlicher Beweis für die Uneinheitlichkeit und Inkonsequenz der besonders von der Rechtsprechung vertretenen Auffassungen -, sondern es soll im folgenden geprüft werden, ob diese Hauptgrundsätze auch auf das Gebiet der Arbeitslosenversicherung übertragen werden können und ob sie überhaupt geeignet sind, zur Begründung der Verzichtbarkeit oder nur bedingten Verzichtbarkeit von Leistungen aus der Sozialversicherung und damit auch aus der Arbeitslosenversicherung zu dienen.

2. Die Geltung dieser Grundsätze auf dem Gebiet der Arbeitslosenversicherung.

a) zu 1a: Die Verzichtbarkeit folgt aus § 19 Abs. 1 der Kaiserl. VO betreffend das Verfahren vor den Schiedsgerichten, der vorsah, dass die Schiedsgerichte nur innerhalb der erhobenen Ansprüche entscheiden(1).

Bevor auf die Verwertbarkeit dieses Argumentes für die Frage des Verzichtes eingegangen wird, muss zunächst einmal geprüft werden, ob der in § 19 Abs. 1 der genannten VO enthaltene Gedanke, der im wesentlichen auf § 308 Abs. 1 ZPO hinaus-

1. So erstmals RVA AN 1901 S. 612. Vgl. auch die weiteren Nachweise auf S. 43 Anm. 4.

läuft, auch nach dem heute für die Sozialversicherung massgebenden Verfahrensrecht Geltung beanspruchen und somit zur Begründung der Verzichtbarkeit auch heute noch herangezogen werden kann.

Wie bereits an anderer Stelle dargelegt wurde(1), fand § 19 Abs.1 seine Fortsetzung in den §§ 31 VAO, 33 OVAO und 31 Abs.2 RVAO, welche alle mit der erstgenannten Bestimmung inhaltlich übereinstimmten und somit ebenfalls festlegten, dass die Spruchbehörden nur innerhalb der erhobenen Ansprüche zu entscheiden haben. Auch nach Inkrafttreten des SGG hat sich an dieser Regelung nichts geändert. Der § 123 SGG bestimmt, dass die Sozialgerichte zwar nicht an die Fassung der Anträge gebunden sind, dass sie aber nur über die vom Kläger erhobenen Ansprüche entscheiden dürfen. Damit gilt auch im Sozialgerichtsverfahren der Grundsatz, dass der Kläger den Anspruch nach Inhalt und Umfang bestimmt, dass er letzten Endes massgebend ist dafür, ob und über welchen Gegenstand und in welchem Umfang ein Verfahren rechtshängig wird(2). Es muss daher die von Hastler(3) vertretene Meinung abgelehnt werden, der behauptet, dass die Klageerhebung mit oder ohne ausdrückliche Stellung eines Klageantrages die Wirkung habe, "dass der materiellrechtlich zustehende Anspruch in seiner ganzen Höhe festzustellen sei." Dass diese Auffassung unhaltbar ist, ergibt sich eindeutig aus der Entstehungsgeschichte des § 123 SGG. Der Entwurf eines Gesetzes über das Verfahren in der Sozialgerichtsbarkeit(4) bestimmt in § 71, dass das Gericht über "die dem Kläger zustehenden Ansprüche" entscheidet. In der Begründung dazu(5) wurde u.a. ausgeführt, dass eine Bestimmung, nach der das Gericht nicht über das Klagebegehren hinausgehen dürfe, den Besonderheiten der Sozialgerichtsbarkeit, welche die Betreuung der wirtschaftlich Schwachen und in ihrer Erwerbsfähigkeit Beschränkten zur Aufgabe habe, nicht gerecht werden würde. Der § 71 des

1. Vgl. S. 43 Anm. 4.

2. Vgl. Hofmann-Schroeter, Anm. 1 zu § 123 S. 125; Mellwitz, Anm. 2-3 zu § 123 S. 294; Miesbach-Ankenbrank, Anm. 3 zu § 123 S. 127; Peters-Sautter-Wolff, Anm. 2 zu § 123 S. II/101; Bayer. LSG Breith. 1955 S. 317f.

3. Vgl. Anm. A zu § 123 S. 181.

4. Vgl. Drucksache 4357 des Deutschen Bundestages, 1. Wahlperiode 1949.

5. Vgl. S. 29 der Drucksache Nr. 4357.

Entwurfes ist in dieser Form jedoch nicht Gesetz geworden. Vielmehr bestimmt § 123 SGG ausdrücklich, dass das Gericht nicht "über die dem Kläger zustehenden", sondern "über die vom Kläger erhobenen Ansprüche" zu befinden hat. Massgebend für diese Änderung des Entwurfes war, wie in der Beratung hervorgehoben wurde, der Gedanke, dass dem Kläger nicht eine Entscheidung über einen Gegenstand aufgezwungen werden dürfe, über den er eine Entscheidung nicht beantragt habe. Im übrigen widerspricht § 123 SGG auch nicht der im Sozialgerichtsverfahren herrschenden *Offizialmaxime*. Diese besagt lediglich, dass die Beteiligten nicht Herr des Tatsachenstoffes sind(1). Sie besagt aber nichts darüber, in welchem Umfang ein Verfahren rechtshängig wird. Dies bestimmt allein der Kläger(2).

Somit steht fest, dass der Gedanke des eingangs genannten § 19 Abs. 1, der vom RVA ebenfalls zur Begründung der Verzichtbarkeit von Leistungen aus der Sozialversicherung herangezogen wurde, auch heute noch in gleicher Weise wie früher Gültigkeit besitzt. Er gilt jedoch nicht nur für die Leistungen aus den Versicherungszweigen der RVO, auf die er vom RVA ursprünglich angewendet wurde, sondern kann ebenso auch auf die Ansprüche aus der Arbeitslosenversicherung übertragen werden, da vor Inkrafttreten des SGG die §§ 31 VAO, 33 OVAO und 31 Abs. 2 RVAO, die dem vorerwähnten § 19 Abs. 1 entsprachen, auch auf das Verfahren vor den Spruchbehörden der Arbeitslosenversicherung anzuwenden waren(3), und nunmehr die Angelegenheiten der Arbeitslosenversicherung zur Zuständigkeit der Sozialgerichte gehören, weshalb auch auf sie § 123 SGG anzuwenden ist(4).

-
1. Vgl. Peters-Sautter-Wolff, Anm. 1 zu § 103 S. II/33.
 2. Es kann deswegen auch nicht Mehlwitz zugestimmt werden, der in § 123 SGG eine Durchbrechung der *Offizialmaxime* zugunsten der *Verhandlungsmaxime* erblickt (vgl. Anm. 3 zu § 103 S. 260).
 3. Das Verfahren vor den Spruchbehörden der Arbeitslosenversicherung war durch eine Reihe von Bestimmungen des AVAVG selbst, durch Bestimmungen des GVG sowie insbesondere durch zahlreiche Bestimmungen der RVO geregelt (vgl. § 199 AVAVG a. F. sowie vor allem Art. 9 der VO zur Ausführung des AVAVG vom 29.9.1927, RGBl. I S. 312). Auf dem Umwege über die Bestimmungen der RVO fanden auch die Verordnungen über Geschäftsgang und Verfahren vor den Versicherungsämtern auf das Verfahren vor den Spruchstellen der Arbeitslosenversicherung Anwendung.
 4. Vgl. § 51 Abs. 1 SGG.

Es ist jetzt zu prüfen, ob die Tatsache, dass die früheren Spruchbehörden bzw. heute die Sozialgerichte nur innerhalb der erhobenen Ansprüche entscheiden dürfen, auch geeignet ist, den vom RVA gezogenen Schluss auf die Verzichtbarkeit der Leistungen aus der Sozialversicherung zu rechtfertigen.

Dies ist zu verneinen. Die Sozialversicherung und somit auch die Arbeitslosenversicherung sind Zwangsversicherungen, deren Zwangscharakter jedoch nicht soweit geht, dass die Versicherten gezwungen werden könnten, die ihnen gesetzlich zustehenden Leistungsansprüche geltend zu machen, oder die Leistungen in Empfang zu nehmen. Es besteht vielmehr Einigkeit darüber, dass niemandem die Wohltaten des Gesetzes aufgezwungen werden können⁽¹⁾. Ist dies aber der Fall, kann also niemand gezwungen werden, einen ihm zustehenden Unterstützungsanspruch überhaupt oder in voller Höhe geltend zu machen, so kann er auch nicht gezwungen werden, diesen Anspruch in voller Höhe einzuklagen. Vom Standpunkt des Gerichtes aus betrachtet bedeutet dies, dass dem Kläger nicht eine Entscheidung über den vollen Anspruch aufgezwungen werden kann, wenn er eine derartige Entscheidung nicht begehrt hat. Der Möglichkeit, einen Anspruch materiellrechtlich überhaupt nicht oder nur in beschränkter Höhe geltend zu machen, entspricht andererseits die Möglichkeit, diesen Anspruch auch prozessual nicht oder nur beschränkt geltend zu machen. Der Gedanke des § 123 SGG spricht also für den Bereich des Prozessrechtes positivrechtlich nur das aus, was materiellrechtlich ohnehin allgemein anerkannt ist.

Besagt aber § 123 SGG nur, dass es dem Kläger freisteht, in welchem Umfang er seinen Anspruch geltend machen will, so gelangt man zu der vom RVA aus diesem Gedanken abgeleiteten Schlussfolgerung nur dann, wenn man die Nichtgeltendmachung eines Anspruches mit dem Verzicht auf denselben gleichstellt. Dieser Schluss aber ist falsch⁽²⁾. Zwar mögen sich die Unterlassung der Geltendmachung eines Anspruches und der Verzicht darauf im wirtschaftlichen Ergebnis gleichen, insofern nämlich,

1. Vgl. z. B. Fleischauer in AV 1901 S. 335; Hahn in AV 1901 S. 407; Paul in BKK 1934 S. 418; RVGE Bd. 14 S. 52.

2. Vgl. Maunz, Bayer. Gem. Z. 1927 Sp. 241ff; Meissels in Grünhuts Zeitschrift Bd. 18 S. 666; Schoenborn S. 39; Walsmann S. 43.

als der Berechtigte in beiden Fällen nicht in den Genuss der ihm zugedachten Leistung kommt, juristisch aber unterscheiden sie sich grundlegend voneinander: Während nämlich die Unterlassung der Geltendmachung den Anspruch nicht berührt, bringt ihn der Verzicht zum Erlöschen. Die Nichtgeltendmachung erschöpft sich in einem Nichtstun, der Verzicht stellt eine Verfügung über das Recht dar. Ob der Berechtigte aber eine solche treffen kann, das ist gerade die Frage, und sie lässt sich nicht damit beantworten, dass man sagt, der Berechtigte brauche den Anspruch ja auch nicht geltend zu machen. Nichtgeltendmachung und Verzicht sind, wie gerade gesagt wurde, zwei völlig verschiedene Dinge. Man kann nicht mit der Möglichkeit des einen die Zulässigkeit des anderen begründen. Aus allem folgt, dass der Gedanke des § 19 Abs. 1 der VO betreffend das Verfahren vor den Schiedsgerichten, wie er auch in § 123 SGG enthalten ist, nicht zur Begründung der Zulässigkeit des Verzichtes auf Leistungen aus der Sozialversicherung und somit auch aus der Arbeitslosenversicherung herangezogen werden kann, wie dies das RVA getan hat(1).

Nur kurz sei noch bemerkt, dass im umgekehrten Falle, nämlich dann, wenn § 123 SGG, dem Entwurf entsprechend vorgeschrieben hätte, dass die Gerichte "über die dem Kläger zustehenden Ansprüche" entscheiden, noch kein Argument gegen die Verzichtbarkeit der fraglichen Ansprüche geschaffen wäre.

b) zu 1b: Die Verzichtbarkeit ergibt sich aus §§ 46 Abs. 1 Nr. 1 VAO, 30 Abs. 2 Nr. 1 OVAO, 28 RVAO, wonach Verzichtleistungen in die Niederschrift über die mündliche Verhandlung aufzunehmen sind(2).

An dem früheren Rechtszustand, wonach im Verfahren der Sozialversicherung - auf Grund der eingangs genannten Verfahrensvorschriften - Verzichtleistungen möglich waren, hat sich auch nach Aufhebung dieser Vorschriften durch das SGG nichts geändert. Auch im Verfahren vor den Sozialgerichten sind daher Verzichtleistungen möglich. Dies ist

-
1. Im Ergebnis ebenso Kreil in AV 1936 S. 120.
 2. So vor allem RVA Nr. 1862 AN 1914 S. 554ff. (= Knoll-Peters I. S. 307). Vgl. auch die weiteren Nachweise auf S. 44 Anm. 4.

im Gesetz zwar nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber aus § 122 Abs.3 SGG i.V.m. § 160 Abs.2 Nr.1 ZPO, und ist dementsprechend auch im Schrifttum allgemein anerkannt⁽¹⁾. Auch kann man dieses Argument, nämlich die Möglichkeit von Verzichtleistungen im Verfahren, mit dem das RVA ebenfalls die Zulässigkeit eines Verzichtes auf Versicherungsleistungen begründet hat, nicht nur auf Leistungen aus der RVO anwenden, wie es das RVA zunächst getan hat, sondern auch auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung, da die VAO, die OVAO und die RVAO, wie schon erwähnt, auch für das Verfahren vor den Spruchbehörden der Arbeitslosenversicherung galten und nunmehr Angelegenheiten der Arbeitslosenversicherung zur Zuständigkeit der Sozialgerichte gehören. Die Rechtslage hinsichtlich der Leistungen aus der RVO und der Arbeitslosenversicherung ist also, was die prozessuale Verzichtsmöglichkeit betrifft, die gleiche.

Die weitere Frage ist nun die, ob man aus dem Vorhandensein einer prozessualen Bestimmung, wonach Verzichtleistungen im Verfahren möglich sind, den Schluss auf die Zulässigkeit eines Verzichtes auf den materiellen Anspruch schlechthin ziehen kann, wie dies das RVA offensichtlich getan hat. Eine derartige Schlussfolgerung ist jedoch abzulehnen. Ein prozessualer Verzicht bedeutet die Aufgabe eines prozessualen Anspruches, das Anerkenntnis des Nichtbestehens der behaupteten Rechtsfolge. Er bedeutet jedoch auch zugleich die Aufgabe des geltend gemachten materiellen Rechts. Er kann deswegen nur wirksam sein, wenn der Kläger zu einer solchen Aufgabe des Rechtes überhaupt befugt ist, was sich nach den Regeln des materiellen Rechts beurteilt. Sieht also eine Verfahrensbestimmung die Möglichkeit von Verzichtleistungen vor, so kann dies nur einschränkend in dem Sinne verstanden werden, dass die Wirksamkeit einer solchen Verzichtleistung abhängig ist von der Befugnis des Klägers über den geltend gemachten Anspruch zu verfügen. Dieser Grundsatz kann nicht nur für das hier in Frage stehende Sozialgerichtsverfahren gelten, sondern für jedes Verfahren ganz allgemein. Dabei wird sich die in jedem Einzelfall erforderliche Prüfung der Verfügungsbefugnis des

1. Vgl. z.B. Brackmann I S.246w; Hofmann-Schroeter, Anm.5 zu § 101 S.101; Mellwitz, Anm.12-13 zu § 101 S.256; Peters-Sautter-Wolff, Anm.3 zu § 101 S.II/29.

Verzichtenden einfacher oder schwieriger gestalten, je nach der Kategorie von Rechten, welche normalerweise in einem Verfahren geltend gemacht werden. Auch im Zivilprozess beispielsweise, wo in aller Regel Rechte des Privatrechtes Gegenstand des Verfahrens sind, die weitgehend der Verfügungsbefugnis des Berechtigten unterliegen, ist eine derartige Prüfung nötig, die jedoch wegen der grundsätzlichen Verzichtbarkeit privater Rechte keinerlei Schwierigkeiten bietet(1). Erst recht ist dies jedoch im Verfahren vor den Sozialgerichten nötig, wo es sich, jedenfalls soweit Unterstützungsansprüche durch Einzelpersonen geltend gemacht werden, um öffentliche Rechte handelt, hinsichtlich welcher die Verfügungsbefugnis des Berechtigten doch weitgehend eingeschränkt ist. Zutreffend hat daher das SGG, zumindest für den Vergleich ausdrücklich vorgeschrieben(2), dass Voraussetzung für seine Wirksamkeit die Befugnis der Beteiligten ist, über den Gegenstand der Klage zu verfügen(3). Diese Regelung in § 101 SGG steht im Gegensatz zu § 49 Abs. 1 des Entwurfes eines Gesetzes über das Verfahren in der Sozialgerichtsbarkeit(4), wo nur ganz allgemein von Vergleichen, jedoch ohne die in § 101 SGG gemachte Einschränkung bzgl. der Verfügungsbefugnis die Rede ist. In der Begründung zu § 49 Abs. 1(5) wird ausgeführt, dass die Möglichkeit eines Vergleichsabschlusses im Sozialgerichtsverfahren erhalten bleiben müsse, obwohl dadurch das Amtsprinzip durchbrochen werde, weil insbesondere bei Leistungsklagen die Beteiligten über den Streitgegenstand verfügen können. Dieser sehr weitgehenden Auffassung, die die Verzichtsmöglichkeit auf Leistungen aus der Sozialversicherung beinhaltet, dürfte durch die Regelung in § 101 SGG der Boden entzogen sein, durch welche bei einem Vergleichsabschluss allgemein, also auch bei Leistungsklagen, die Prüfung der Verfügungsbefugnis der Beteiligten vorgeschrieben ist. Damit bringt der Gesetzgeber zum

-
1. Vgl. Stein-Jonas-Schönke § 306 II; für den Arbeitsgerichtsprozess vgl. Hueck-Nipperdey II S. 440 Ziff. 4; Schnorr v. Carlsfeld S. 479 BB.
 2. Vgl. § 101 SGG.
 3. Jedenfalls soweit der Vergleich eine Verfügung über den Gegenstand der Klage enthält.
 4. Vgl. die genannte Drucksache 4357 des Deutschen Bundestages 1. Wahlperiode 1949.
 5. Vgl. Drucksache 4357 S. 28.

Ausdruck, dass er nicht, wie der Entwurf es tut, von der schlechthin bestehenden Verfügungsbefugnis hinsichtlich des Streitgegenstandes bei derartigen Klagen ausgeht. Diese Einschränkung, die bei Vergleichen durch § 101 SGG ausdrücklich vorgeschrieben ist, muss aber in gleicher Weise auch für Verzichte vor den Sozialgerichten gelten, sodass auch ein wirksamer prozessualer Verzicht nur möglich ist, soweit der Verzichtende verfügungsbefugt ist(1).

Eine vollkommen parallele Erscheinung findet sich übrigens in dem früheren Gesetz über das Verfahren in Versorgungssachen vom 10.1.1922(2). Der § 124 Abs.1 Nr.1 dieses Gesetzes sah vor, dass die Zurücknahme eines Rechtsmittels, Anerkenntnisse, sowie andere Erklärungen, deren Feststellung angezeigt erscheint, in die Sitzungsniederschrift aufzunehmen sind. Aus der Begründung zu §§ 123 und 124 ergab sich, dass zu den anderen Erklärungen auch Verzichte und Vergleiche gehören, "soweit sie überhaupt zulässig sind". Mit dieser Einschränkung ist ein Hinweis darauf gegeben, dass auch in diesem Verfahren die Wirksamkeit eines Vergleiches oder Verzichtes abhängig ist von der Verfügungsbefugnis der Parteien über den geltend gemachten Anspruch(3).

Aus alledem ergibt sich folgendes:

Im Verfahren vor den Sozialgerichten sind Verzichtleistungen genau so wie im früheren Verfahren vor den Spruchbehörden der Sozialversicherung möglich. Die Zulässigkeit von Verzichtleistungen gilt jedoch nur mit der Einschränkung, dass der Verzichtende die Verfügungsbefugnis über den geltend gemachten Anspruch besitzen muss, was sich nach materiellem Recht beurteilt. Aus den rein prozessualen Bestimmungen, die den Prozessverzicht für zulässig erklären, kann mithin auch nicht der Schluss gezogen werden, dass auf Leistungen aus der Sozialversicherung materiellrechtlich wirksam verzichtet werden kann, denn der Prozessverzicht ist nur wirksam mit den Einschränkungen, die sich aus dem materiellen Recht ergeben.

1. Vgl. Hofmann-Schroeter, Anm. 4 zu § 101 S. 100; Mellwitz, Anm. 12-13 zu § 101 S. 256; Peters-Sautter-Wolff, Anm. 3 zu § 101 S. II/30.
2. RGBl. I S. 59, i. d. F. der Bek. vom 20.3.1928 (RGBl. I S. 71).
3. Vgl. Arendts-Fuisting, Anm. 1 zu § 124 S. 221; Drittlar in VB 1931 S. 56; Olshausen, Schulte-Holthausen, Anm. 2 zu § 124 S. 211.

Ausgangspunkt für die Frage der Wirksamkeit eines Verzichtes auf Leistungen aus der Sozialversicherung muss also das materielle Recht sein, nicht jedoch eine verfahrensrechtliche Bestimmung. Damit ergibt sich aber auch die Unhaltbarkeit der Argumentation des RVA. Wenn nämlich die Verzichtbarkeit der Versicherungsleistungen als die Ursache und die Möglichkeit von Verzichtleistungen im Prozess als deren Wirkung betrachtet wird, so zieht das RVA einen Schluss von der Wirkung auf die Ursache, wenn es sagt, dass die Versicherungsansprüche verzichtbar sein müssen, weil prozessual Verzichtleistungen möglich sind. Ein solcher Schluss ist jedoch unhaltbar(1).

Demgegenüber könnte man einwenden, dass der Gesetzgeber verfahrensrechtlich Verzichtleistungen nur dort zulassen wird, wo überhaupt die Möglichkeit dazu besteht. Nimmt man nämlich an, dass die Leistungen aus der Sozialversicherung unverzichtbar sind, dann sind derartige prozessuale Bestimmungen, zumindest in denjenigen Verfahren, deren Gegenstand ein Anspruch auf Versicherungsleistungen ist, ohne jede Bedeutung.

Diese Auffassung ist durchaus richtig. Indessen muss man bedenken, dass der Verzicht auf Versicherungsleistungen in den Fällen der Heimaufnahme gesetzlich vorgeschrieben ist(2). Schon für diese Fälle bedarf es auch einer entsprechenden Bestimmung über die Zulässigkeit von Verzichtleistungen im Verfahren. Eine derartige prozessuale Bestimmung ist weiterhin auch dann verständlich, wenn Verzichte auf Versicherungsleistungen überhaupt, sei es auch nur in ganz beschränktem Masse, zulässig sind. Man kann jedoch aus solchen Bestimmungen nicht den Schluss ziehen, dass Verzichte auf Leistungen aus der Sozialversicherung schlechthin möglich sein müssen. Es kann dem RVA also auch hinsichtlich dieses Argumentes nicht gefolgt werden.

c) zu 1c: Die Verzichtbarkeit folgt aus der entsprechenden Anwendung der Grundsätze des BGB, nach denen ein Berechtigter ganz oder teilweise auf sein Recht verzichten kann(3).

Die Frage, inwieweit dieser Gesichtspunkt geeignet ist, die

1. Im Ergebnis ebenso Kreil in AV 1936 S.120.
2. Vgl. § 607 Abs.2 RVO.
3. Vgl. insbes. RVA AN 1901 S.612 und 1904 S.419.

Auffassung der Möglichkeit eines Verzichtes auf Versicherungsleistungen zu stützen, hängt in erster Linie davon ab, welche Rechtsnatur die Ansprüche auf diese Leistungen haben. Es lassen sich jedoch auch ohne eine diesbezügliche Erörterung (was im folgenden Abschnitt geschehen wird) schon an dieser Stelle die zur Beantwortung dieser Frage erforderlichen Feststellungen treffen.

Es ist nicht ersichtlich, mit welcher Begründung das RVA zu einer Übertragung dieser rein zivilrechtlichen Grundsätze auf das Sozialversicherungsrecht gelangt ist. Das RVA hat, vor allem in der Entscheidung Nr. 1522(1) ausgeführt, die rechtliche Beurteilung des Verzichtes auf Rente unterliege, da in den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Normen, insbesondere in den Versicherungsgesetzen, besondere Vorschriften über den Verzicht nicht enthalten seien, den Vorschriften des BGB, wonach ein Schuldverhältnis erlösche, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag die Schuld erlasse. Vor allem auch der Hinweis auf § 397 BGB zeigt, dass das RVA damit nur auf die rechtliche Natur des Verzichtes als eines zweiseitigen Rechtsgeschäftes hinweisen, jedoch nicht die Grundsätze des BGB über die Verzichtbarkeit von Rechten übernehmen wollte.

Zwar sieht das RVA das Gebiet der Sozialversicherung als dem öffentlichen Recht zugehörig an, doch scheint - wenn auch unausgesprochen - für das RVA der Gedanke massgebend gewesen zu sein, - und hierfür spricht die so vollkommen uneingeschränkte Übernahme des zivilrechtlichen Grundsatzes von der freien Verzichtbarkeit eines Rechtes - dass es sich bei den aus der Sozialversicherung herrührenden Rechten um Privatrechte handelt, hinsichtlich welcher dem Berechtigten die freie Verfügungsbefugnis zusteht. Dass diese Annahme durchaus nicht abwegig ist, zeigt schon allein die Tatsache, dass damals von einem nicht gerade unmassgeblichen Teil des Schrifttums die Ansprüche aus der Arbeiterversicherung tatsächlich als Privatforderungsrechte angesehen wurden. Hiervon wird jedoch an anderer Stelle noch zu sprechen sein.

Jedoch selbst wenn man die Vermutung, dass nämlich das RVA Ansprüche aus der Sozialversicherung als Privatforderungs-

1. Vgl. RVA AN 1910 S. 655 (= Knoll-Peters I S. 253).

rechte ansieht, als wann unterstellen wollte, so würde dem Berechtigten trotzdem nicht die Verfügungsbefugnis über diese Ansprüche zustehen, jedenfalls nicht in dem vom RVA angenommenen Umfang. Wollte man dies nämlich zulassen, so würde man damit nicht nur übersehen, dass diese Ansprüche - auch wenn sie privatrechtlicher Art sind - jedenfalls öffentlich-rechtlichen Normen entstammen, was an sich schon auf eine Einschränkung der freien Verfügungsbefugnis hindeutet, man würde vielmehr auch die weit wichtigere Tatsache ausser acht lassen, dass damit die Zielsetzung der Sozialversicherung schlechthin in Frage gestellt wäre. Mit ähnlichen Begründungen haben daher auch diejenigen Autoren, die die privatrechtliche Natur der Unterstützungsansprüche ausdrücklich bejaht haben, eine bloss modifizierte Anwendbarkeit zivilrechtlicher Normen im Sozialversicherungsrecht befürwortet(1). Es zeigt im übrigen auch ein Blick in das Privatrecht, dass eine Reihe von privatrechtlichen Ansprüchen, die in den sozialrechtlichen Bereich hineinreichen, durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift der Verfügungsbefugnis des Berechtigten entzogen sind. So bestimmt beispielsweise § 616 Abs. 2 S. 1 BGB, dass der Anspruch eines Angestellten auf Vergütung für den Krankheitsfall nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Das bedeutet, dass der Berechtigte auf diesen Anspruch auch nicht verzichten kann, da ein Verzicht auf Forderungsrechte im Privatrecht nur durch Vertrag möglich ist(2). Ausdrücklich ausgeschlossen ist auch der Verzicht auf tarifliche Rechte, insbesondere den Tariflohn, der ja auch ein Pri-

1. Vgl. z.B. Hahn in AV 1901 S. 407: "Bei der vorliegenden Untersuchung wird davon ausgegangen, dass die Ansprüche der Versicherten auf Krankenunterstützung, Unfall-, Invaliden- und Altersrente nach den Reichsversicherungsgesetzen sich darstellen als auf öffentlich-rechtlichem Boden erwachsene Privatforderungsrechte. Im allgemeinen sind daher die Unterstützungsrechte der Versicherten den für Forderungsrechte überhaupt geltenden Privatrechtsnormen zu unterstellen, jedoch mit denjenigen Modifikationen, die bedingt werden durch das öffentlich-rechtliche Interesse, dem die Arbeiterversicherung dienen soll.."

In völlig gleicher Weise argumentiert auch Paul in BKK 1934 S. 418.

2. Vgl. auch § 63 Abs. 1 S. 2 HGB.

vatforderungsrecht darstellt(1).

Ist aber, wie die vorstehenden Erörterungen zeigen, die uneingeschränkte Übernahme privatrechtlicher Grundsätze über die freie Verzichtbarkeit von Rechten schon dann abzulehnen, wenn man die Ansprüche aus der Sozialversicherung als Privatforderungsrechte ansieht, weil dem die öffentlich-rechtliche Grundlage und die soziale Zweckbestimmung dieser Ansprüche entgegensteht, so muss dies erst recht geschehen, wenn man - richtiger Auffassung entsprechend - diese Ansprüche als öffentliche Rechte(2) ansieht, denn bezüglich dieser kann eine freie Verfügungsbefugnis des Berechtigten keinesfalls anerkannt werden.

Dieses umfassendste Argument des RVA kann also nicht als stichhaltige Begründung für die Verzichtbarkeit von Ansprüchen aus der Sozialversicherung und somit auch von Ansprüchen aus der Arbeitslosenversicherung angesehen werden(3).

d) zu 1d: Soweit die Leistungen nur auf Antrag gewährt werden, ergibt sich die Verzichtbarkeit schon aus der Tatsache, dass durch Unterlassung der Antragstellung die Gewährung der Leistungen abgewendet werden kann(4).

Diese Auffassung geht aus von § 1545 RVO, wonach, abgesehen von der Unfallversicherung, Leistungen nur auf Antrag festgestellt werden. Auch in der Arbeitslosenversicherung ist bzgl. des Arbeitslosengeldes ein Antrag Voraussetzung für die Gewährung der Leistungen. Während jedoch dem Antrag nach § 1545 RVO nur formelle Bedeutung zukommt, insofern, als er nur der Einleitung des Feststellungsverfahrens dient, im übrigen aber

1. Vgl. § 4 Abs. 4 TVG.

2. Hier ist zunächst bewusst dieser etwas farblose Begriff verwendet worden. Im folgenden Abschnitt wird ausführlich auf die Rechtsnatur der Ansprüche aus der Sozialversicherung, insbesondere des Arbeitslosengeldes einzugehen sein.

3. Vgl. Kreil in AV 1936 S. 121.

4. Vgl. hierüber die Nachweise auf S. 44 Anm. 1

keinen Einfluss auf den Leistungsanspruch als solchen hat, kommt dem Antrag beim Arbeitslosengeld - im Gegensatz zu der früheren Regelung - materielle Bedeutung zu. Das heisst, dass der Anspruch auf Arbeitslosengeld erst zur Entstehung gelangt, wenn der Antrag gestellt wird(1). Dies ergibt sich eindeutig aus § 74 Abs. 1 AVAVG, wo es heisst, dass Anspruch auf Arbeitslosengeld derjenige hat, der neben den weiteren Voraussetzungen auch die der Antragstellung erfüllt(2). Entsteht aber der Anspruch auf Arbeitslosengeld erst mit der Antragstellung, so kann die Unterlassung desselben keinen Verzicht im Rechtssinne bedeuten. Unter Verzicht ist, wie ausführlich dargelegt wurde, die Aufgabe eines Rechtes mit der Folge seines Erlöschens zu verstehen. Der Verzicht setzt also ein bestehendes Recht voraus, denn auf ein Recht, das einem noch gar nicht zusteht, kann man auch nicht verzichten. Das bedeutet, dass ein Verzicht auf Arbeitslosengeld vor Antragstellung überhaupt gegenstandlos ist(3).

1. Man wird allerdings den Antrag auf Arbeitslosengeld nicht nur als materielle Anspruchsvoraussetzung betrachten können. Es wird ihm vielmehr auch formelle Bedeutung beizumessen sein, weil er zugleich die an das Arbeitsamt gerichtete Bitte enthält, das Arbeitslosengeld festzusetzen. Wenn § 177 AVAVG sagt, dass über den Antrag auf Arbeitslosengeld der Direktor des Arbeitsamtes entscheidet, so kann unter Antrag im Sinne dieser Bestimmung nur die formelle Feststellungsvoraussetzung verstanden werden. Der Antrag hat also sowohl materielle als auch formelle Bedeutung. Ebenso für den Antrag nach dem BVG van Nuis-Vorberg, Teil II S. 15.
2. Vgl. Krebs, Anm. 1 zu § 170 S. 459; vgl. auch den 2. schriftl. Bericht des Ausschusses für Arbeit, BTDr. 2714 (2. Wahlperiode 1953), Begründung zu § 87 Abs. 1 S. 7: "Ferner ist der Antrag auf Arbeitslosengeld zur materiellen Unterstützungsvoraussetzung gemacht worden. Der Antrag löst nunmehr nicht wie bisher nur den Anspruch aus, sondern er begründet ihn erst." Die dem § 87 Abs. 1 durch den Ausschuss für Arbeit gegebene Fassung entspricht dem § 74 Abs. 1 AVAVG. Materielle Anspruchsvoraussetzung ist der Antrag beispielsweise auch beim vorgezogenen Altersruhegeld nach § 1284 Abs. II-III n. F. RVO und § 25 Abs. II-III n. F. AnVG (vgl. hierzu Jantz-Zweng, Anm. II 3 zu § 1284 S. 84). Ebenso nach überwiegender Meinung der Antrag in der Kriegeropferversorgung nach dem BVG (vgl. Hartrath in SV 1953 S. 210; van Nuis-Vorberg, Teil II S. 15; Schönleiter, Anm. 9 zu § 1 S. 5; Thannheiser-Wende-Zech, Anm. 8 zu § 1 S. 4; LSG Berlin in SG 1955 S. 37ff; LSG Bremen in ZfS 1955 S. 183ff; a. A. z. B. Brüggemann in ZfS 1952 S. 203; Laube in ZfS 1952 S. 257; Sinthaus in ZfS 1952 S. 280).
3. Ebenso im Bereich der Kriegeropferversorgung van Nuis-Vor-

Ob nach erfolgter Antragstellung und der dadurch bedingten Entstehung des Rechtes auf Arbeitslosengeld eine Zurücknahme des materiellen Antrages möglich ist, lässt sich nicht beantworten, wenn man vorher nicht geklärt hat, ob dieses Recht zur freien Verfügung des Berechtigten steht, denn die Zurücknahme des materiellen Antrages würde ja nichts anderes bedeuten als eine konkludente Verzichtserklärung. Wenn daher im Bereich der Kriegsopferversorgung auch von denjenigen, die den Antrag als materielle Anspruchsvoraussetzung ansehen, verschiedentlich erklärt wird, die Zurücknahme des Antrages sei zulässig(1), so kann dies nur daningehend verstanden werden, dass die in dem materiellen Antrag zugleich enthaltene formellrechtliche Geltendmachung des Anspruches widerrufen werden kann, wodurch die zuständige Behörde an der Festsetzung der Versorgung gehindert wird, was jedoch den Bestand des Anspruches nicht berührt(2). In dem eben dargelegten Sinne ist auch eine Zurücknahme des Antrages auf Arbeitslosengeld denkbar.

berg, Teil II S. 19 VI 2a-b; Scholmann in ZfS 1955 S. 6. Abzulehnen daher die Auffassung von Drittler in VB 1931 S. 56ff, der sagt: "Bei Versorgungsansprüchen, zu deren Entstehung ein rechtswirksamer Antrag erforderlich ist, ist ein Verzicht durch Unterlassung des rechtzeitigen Antrages möglich." Drittler übersieht hier eben, dass ein Verzicht auf ein Recht, das noch gar nicht entstanden ist nicht möglich ist.

1. So van Nuis-Vorberg, Teil VI S. 90 III 1-2; Wende in KOV 1953 S. 64; RVGE Bd. 8 S. 137.
2. Wenn man den Antrag auf Versorgung überhaupt nur als formelle Voraussetzung betrachtet, so kann die Rücknahme des Antrages sowieso nur als Widerruf der formellrechtlichen Geltendmachung angesehen werden. Wenn allerdings Scholmann, der den Antrag auf Versorgung auch als materielle Anspruchsvoraussetzung betrachtet, in ZfS 1955 S. 6 die Zurücknahme des Antrages für zulässig erklärt, so dürfte es sich hierbei um den materiellen Antrag und damit um die Beseitigung des Versorgungsanspruches durch konkludente Verzichtserklärung handeln. Scholmann geht von der grundsätzlichen Verzichtbarkeit der Versorgungsansprüche aus, woraus sich für ihn ohne weiteres auch die Möglichkeit der Zurücknahme des materiellen Antrages ergibt. Möglich ist die Zurücknahme des materiellen Antrages auch nach der in neuester Zeit von Schwankart vertretenen Auffassung (vgl. SG 1957 S. 193ff und 236ff). Schwankart sagt, dass der Rentenanspruch in der Kriegsopferversorgung nicht schon mit der Antragstellung entsteht, wie dies die h.M. annimmt, sondern erst mit der Zustellung des Bewilligungsbescheides. In diesem Falle würde die Zurücknahme

Steht somit fest, dass vor Antragstellung ein Verzicht auf Arbeitslosengeld sowie auf alle anderen Versicherungs- und Versorgungsleistungen, zu deren Entstehung ein Antrag erforderlich ist, rechtlich nicht möglich ist, so bleibt nur noch zu prüfen, inwieweit die Unterlassung der formellrechtlichen Geltendmachung des bereits entstandenen Anspruches oder der Widerruf der formellrechtlichen Geltendmachung einem Verzicht gleichgesetzt werden können (1). Mit dieser Fragestellung gelangt man auch wieder zu der vom RVA gebrachten Argumentation, wonach sich bei allen nach § 1545 RVO nur auf Antrag festzustellenden Leistungen die Verzichtsmöglichkeit schon daraus ergibt, dass der Antrag nicht gestellt werden muss und damit die Gewährung der Leistungen abgewendet werden kann. Es wurde jedoch bereits an anderer Stelle dargelegt (2), dass die Nichtgeltendmachung eines Anspruches sich wesentlich von dem Verzicht auf denselben unterscheidet. Es darf hierbei nicht auf die im Ergebnis zunächst übereinstimmenden unmittelbaren wirtschaftlichen Folgen abgestellt werden, die darin bestehen, dass der Berechtigte keine Leistungen erhält, vielmehr muss die Betonung auf dem rechtlichen Unterschied zwischen Nichtgeltendmachung und Verzicht liegen. Die Nichtgeltendmachung eines Anspruches berührt diesen in seinem Bestand nicht, während der Verzicht den Anspruch zum Erlöschen bringt. Aus der Tatsache, dass jemand trotz bestehenden Anspruches durch Unterlassen der formellrechtlichen Geltendmachung die Gewährung von Leistungen abwenden kann, darf also nicht geschlossen werden, dass er ebensogut auf diesen Anspruch verzichten kann, denn der Verzicht bedeutet eine Verfügung über das Recht; und es kann nicht gesagt werden, dass

me des materiellen Antrages nicht die Beseitigung eines durch die Antragstellung bereits entstandenen Rechtes bedeuten, sondern nur die Verhinderung der Entstehung des Rechtes. Die Antragstellung ist somit nicht die letzte materielle Anspruchsvoraussetzung und hat im übrigen nur noch Bedeutung für den Beginn der Zahlung von Versorgungsleistungen.

1. So für die KOV z.B. Komm. zum RVG von Reichsversorgungsbeamten, Anm. 28 zu §§ 68-71 S. 75; Wende in KOV 1953 S. 64.
2. Vgl. hierüber auch die eingehenderen Ausführungen auf S. 56f.

die Möglichkeit, ein Recht nicht geltend zu machen, dem Berechtigten auch die Befugnis gibt, über den Anspruch zu verfügen⁽¹⁾. Gegen diese Auffassung spricht wohl auch § 93 Abs. 1 AVAVG⁽²⁾, wonach das Arbeitslosengeld grundsätzlich nicht abgetreten und nicht verpfändet werden kann. Wollte man nämlich die Verzichtsmöglichkeit und damit die Verfügungsbefugnis hinsichtlich des Arbeitslosengeldes damit begründen, dass der Berechtigte den Anspruch formellrechtlich nicht geltend machen muss, dann wäre andererseits nicht einzusehen, warum dem Berechtigten die Verfügungsbefugnis über den Anspruch auf Arbeitslosengeld dadurch entzogen ist, dass er diesen Anspruch nicht abtreten und nicht verpfänden kann. Verzicht und Abtretung stimmen insoweit überein, als der Berechtigte in beiden Fällen den Anspruch verliert. Während aber der Berechtigte durch die Abtretung sich etwa von einer Verbindlichkeit befreien kann, sodass die Abtretung sich doch noch in irgendeiner Weise günstig für den Berechtigten auswirken kann, ist dies beim Verzicht nicht der Fall. Es kann also der Verzicht eine die Rechtssphäre des Berechtigten durchaus härter treffende Verfügung darstellen, als die Abtretung. Wenn aber schon die Abtretung gesetzlich ausgeschlossen ist, müsste dies dann nicht erst recht hinsichtlich der weitergehenden Verfügung des Verzichtes gelten? Ohne damit schon etwas über die Verwertbarkeit des § 93 Abs. 1 AVAVG für die Frage des Verzichtes sagen zu wollen, so lässt sich jedenfalls aus diesen Überlegungen entnehmen, dass die Möglichkeit der formellrechtlichen Nichtgeltendmachung eines Anspruches auf Arbeitslosengeld nicht zugleich die Verfügungsbefugnis darüber beinhaltet, denn sonst wäre § 93 Abs. 1 AVAVG nicht verständlich⁽³⁾.

1. Gegen die Verwertbarkeit dieses vom RVA gebrachten Argumentes für die Verzichtsmöglichkeit auch Bultmann in SV 1950 S. 234ff; Gunkel in AV 1940 S. 185; Krell in AV 1930 S. 120.
2. Ebenso z.B. § 119 RVO, § 67 BVG.
3. Im übrigen müssten diejenigen, die im Verzicht wirtschaftlich die Übertragung des Rechtes auf den Verpflichteten erblicken (so u.a. in der KOV von Nuis-Vorberg, Teil II S. 19 VI 2b; Völz in SV 1955 S. 210), den Verzicht auf Arbeitslosengeld grundsätzlich für unwirksam halten, da dieses ja gemäss § 93 Abs. 1 AVAVG nicht übertragen werden kann.

e) zu 1e: Die Verzichtbarkeit folgt aus §§ 607 Abs.2, 1303 Abs.2 a.F.RVO. Diese Vorschriften zeigen, dass der Gesetzgeber einen Verzicht auf Leistungen aus der Sozialversicherung nicht ausschliessen wollte, so dass schon aus diesem Gesichtspunkt der Verzicht ganz allgemein als zulässig anzusehen ist.

Dieser Schluss(1) ist u.E. nicht gerechtfertigt. Zunächst einmal muss bedacht werden, dass das Sozialversicherungsrecht dem öffentlichen Recht angehört, welches der Privatwillkür weitgehend entzogen ist. Finden sich jedoch darin Bestimmungen, die in Durchbrechung dieses Grundsatzes der Verfügungsgewalt des Einzelnen Raum geben, so dürfen diese Bestimmungen nicht ausdehnend, sondern müssen einschränkend ausgelegt werden. Im übrigen behandeln diese Vorschriften nur Sonderfälle. Der Versicherungsträger soll nicht verpflichtet sein, neben dem Heimaufenthalt noch Rente zu gewähren (§ 607 Abs.2 RVO), bzw. soll er von der Verpflichtung zur Rentenzahlung befreit sein, soweit die Rente für den Heimaufenthalt zu verwenden ist (§ 1303 Abs.2 a.F.RVO). Um diese Befreiung von der Verpflichtung zur Rentenzahlung herbeizuführen, hat der Gesetzgeber den Versicherten die Verpflichtung zur Verzichtleistung auferlegt. Der Gesetzgeber hat sich also nur eines möglichen Mittels zur Erreichung dieses von ihm verfolgten Zweckes bedient. Dass dies jedoch nicht das einzige Mittel ist, beweisen die §§ 1307 Abs.2 n.F.RVO, 80 Abs.2 n.F.AnVG, wo das Ruhen der Rente für die Dauer der Heimunterbringung angeordnet ist. Die Tatsache also, dass das Gesetz in einzelnen Bestimmungen vom Verzicht auf Rente spricht, womit es, wie aufgezeigt wurde, einen bestimmten Zweck verfolgt, ist kein stichhaltiger Beweis für die Zulässigkeit des Verzichtes auf Versicherungsleistungen überhaupt(2).

-
1. Er wird gezogen von Brackmann I S.240w ff, dem Komm.zur RVO vom Verband Deutscher Landesversicherungsanstalten Anm.11 zu § 1293 S.115ff sowie Hartrath in ZfS 1950 S.192.
 2. Rosin II S.1030 nennt Verzichte dieser Art eine gesetzliche Zession.

f) zu 1f: Ein Verzicht ist ausgeschlossen, soweit er sich im Einzelfall als eine Abmachung zum Nachteil des Versicherten darstellt (§ 139 Abs. 1 S. 2 RVO, bzw. die Vorläufer dieser Bestimmung in den einzelnen Versicherungsgesetzen vor Inkrafttreten der RVO).

Während bisher die Argumente beleuchtet wurden, mit denen das RVA und das Schrifttum die grundsätzliche Zulässigkeit des Verzichtes auf Leistungen aus der Sozialversicherung bejaht haben, geht es im folgenden darum, die Begründung zu untersuchen, mit der das RVA und das Schrifttum die Verzichtsmöglichkeit teilweise eingeschränkt haben. Die Fragestellung ist dabei die, ob § 139 Abs. 1 S. 2 RVO, der das Verbot des Ausschlusses oder der Beschränkung gesetzlicher Bestimmungen zum Nachteil der Versicherten nur gegenüber den Arbeitgebern und ihren Angestellten festlegt, auch auf die Versicherungsträger ausgedehnt werden kann und bejahendenfalls, ob unter diesem Gesichtspunkt Verzichtleistungen unwirksam sind, soweit sie dem Versicherten nachteilig sind.

Bei der ersten Frage, ob nämlich das in § 139 Abs. 1 S. 2 RVO enthaltene Verbot auch auf die Versicherungsträger ausgedehnt werden kann, muss von dem Rechtszustand vor Inkrafttreten der RVO ausgegangen werden. Damals bestanden in den einzelnen Versicherungsgesetzen dem § 139 Abs. 1 S. 2 entsprechende Regelungen, die zum Teil das Verbot des Ausschlusses oder der Beschränkung gesetzlicher Bestimmungen zum Nachteil des Versicherten nur den Arbeitgebern (bzw. ihren Angestellten) gegenüber festlegten (1), zum Teil dieses Verbot ausdrücklich auch auf die Versicherungsträger ausdehnten (2). Aus diesem Grunde wurde gerade in der Unfallversicherung, wo letzteres zutraf, die Wirksamkeit eines Verzichtes auf Versicherungsleistungen schon von jeher davon abhängig gemacht, dass er sich nicht als eine Abmachung zum Nachteil des Versicherten darstellt. Dieselbe Auffassung wurde überwiegend auch in der Krankenversicherung vertreten, wobei man zu einer Ausdehnung des in § 80 KVG enthaltenen Verbotes auf die Versicherungs-

1. So in der Krankenversicherung § 80 KVG und in der Invalidenversicherung § 180 IVG.

2. So in den Unfallversicherungsgesetzen, z.B. § 141 GewUVG.

trager,nämlich auf die Krankenkassen,mit dem Hinweis darauf gelangte,dass die Kasse als Träger sozialpolitischer Aufgaben anzusehen sei,weswegen dieses Verbot nicht minder auch ihr gegenüber gelten müsse(1).

Nach Inkrafttreten der RVO ersetzte § 139 Abs.1 S.2 RVO die entsprechenden Bestimmungen in den einzelnen Versicherungsgesetzen und bestimmte nun einheitlich für alle in der RVO geregelten Versicherungszweige,dass es den Arbeitgebern und ihren Angestellten untersagt ist,die Anwendung der Bestimmungen der RVO zum Nachteil der Versicherten auszuschließen oder zu beschränken.Die Auffassungen,die sich angesichts dieses Wortlautes des § 139 Abs.1 S.2 RVO über die Ausdehnung dieses Verbotes auf die Versicherungsträger herausgebildet haben,sind unterschiedlich(2).Es ist jedoch ein zweckloses Bemühen,aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung eine Antwort auf diese Frage gewinnen zu wollen,wie dies zum Teil versucht wird.Fest steht jedenfalls,dass § 152 des ursprünglichen Entwurfes der RVO eine Regelung vorsah,die das fragliche Verbot auch den Versicherungsträgern gegenüber enthielt,wobei in der Begründung zu dieser Bestimmung(3) ausdrücklich auf die Regelung in den früheren Unfallversicherungsgesetzen Bezug genommen wurde.In den Kommissionsberatungen wurde § 152 Abs.1 des Entwurfes in 2 Sätze zerlegt und ist in dieser Fassung als § 139 Abs.1 in die RVO eingegangen(4).Aus welchen Gründen die Versicherungsträger dem in § 139 Abs.1 S.2 RVO enthaltenen Verbot nicht unterworfen wurden,ist aus den Materialien nicht zu entnehmen.Daraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden,dass die Versicherungsträger Vereinbarungen jeglicher Art mit den Versicherten abschliessen

1. So insbes.Bad.VGH in AV 1906 S.13;Bad.VGH in AV 1909 S. 226ff;Bayer.VGH in AV 1912 S.228ff;für die Inv.Vers.wurde die gleiche Auffassung vertreten u.a.von Hahn in AV 1901 S.408 und Rosin II S.736 Fussn.19.
2. Bejahend u.a.RVA in EUM Bd.40 S.1;LSG Hamburg in Breith. 1956 S.59off;Bültmann in SV 1950 S.234ff;Brackmann I S.246w ff.Dagegen u.a.Düttmann-Seelmann,Anm.5 zu § 139 S.210;Hanow,Anm.2 zu § 139 S.309ff.
3. Vgl.RTDr.340,12.Legislaturperiode,2.Session 1909-10 S.72,zitiert bei Bültmann in SV 1950 S.234ff.
4. Vgl.RTDr.Nr.946,Bericht der 16.Komm.über den Entwurf einer RVO,1.Teil S.469.

können. Wenn auch § 139 Abs. 1 S. 2 RVO das dort geregelte Verbot nicht ausdrücklich auf die Versicherungsträger ausdehnt, so ergeben doch allgemeine Erwägungen, dass es in gleicher Weise auch für sie gelten muss. Massgebend erscheint die schon erwähnte, vom Bad. VGH in AV 1900 S. 13 für die Krankenversicherung entwickelte Meinung, dass die Versicherungsträger nicht nur als Schuldner, sondern auch als Träger sozialpolitischer Aufgaben anzusehen sind. Sie können sich der ihnen durch Gesetz auferlegten Pflichtaufgaben nicht dadurch entledigen, dass sie die gesetzlichen Bestimmungen durch Vereinbarungen mit den Versicherten ausschliessen oder beschränken. Dies nämlich würde dem Sinn und Zweck der sozialen Versicherung widersprechen(1). Das in § 139 Abs. 1 S. 2 RVO enthaltene Verbot ist daher auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung auf die Versicherungsträger auszudehnen(2). Dieser Grundsatz muss über das Gebiet der RVO hinaus allgemeine Geltung beanspruchen. Das heisst, dass auch dem Träger der Arbeitslosenversicherung untersagt ist, die Anwendung der Bestimmungen des AVAVG zum Nachteil der Versicherten auszuschliessen oder zu beschränken, obwohl das AVAVG nicht einmal eine dem § 139 Abs. 1 S. 2 RVO entsprechende Regelung enthält.

Wenn also das in § 139 Abs. 1 S. 2 RVO enthaltene Verbot auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung auf die Versicherungsträger allgemein anzuwenden ist, dann muss auch die Auffassung gebilligt werden, dass Vereinbarungen zwischen den Versicherungsträgern und den Versicherten unwirksam sind, wenn für den Versicherten Nachteile daraus entstehen.

Kann man aber aus dieser Feststellung schon etwas für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Verzichtes auf Leistungen aus der Sozialversicherung entnehmen? Dies ist u.E. nicht der Fall.

Verzichte, die sich zum Nachteil des Versicherten auswirken, könnte man unter dem hier erörterten Gesichtspunkt nur dann für unzulässig ansehen, wenn man den Verzicht als Vertrag ansieht, wie dies das RVA in ständiger Rechtsprechung getan hat, denn das fragliche Verbot, von dem hier die Rede ist, be-

1. So RVA in DK 1931 S. 357.

2. So auch Fischer, Verzicht, S. 69; Ernst S. 78.

zient sich nur auf "Vereinbarungen".Es ist jedoch mit ein-
genender Begründung dargelegt worden,dass man den Verzicht
im örientlichen Recht und somit auch im Sozialversicherungs-
recht als einseitiges Rechtsgeschäft ansenen muss.Allein schon
aus diesem Grunde kann man das in § 139 Abs.1 S.2 RVO enthal-
tene Verbot nicht auf Verzichte in dem hier entwickelten Sinn
anwenden.Andererseits geht es auch nicht an,Verzichte auf
Versicherungsleistungen auch dann dem in § 139 Abs.1 S.2 RVO
enthaltenen Verbot zu unterstellen,wenn man Verzichte als
einseitige Rechtsgeschäfte ansieht(1).Das fragliche Verbot,
das auch für Versicherungsträger gilt,ist eine Schutzbestim-
mung für die Versicherten.Es soll verhindern,dass die Ver-
sicherungsträger die ihnen durch Gesetz auferlegten Verpflich-
tungen nicht oder nicht vollständig erfüllen,wenn sich der
Versicherten damit einverstanden erklärt.Die Zustimmung des
Versicherten begründet also keine Entbindung der Versicherungs-
träger von ihren gesetzlichen Pflichten.Es ist jedoch dem
fraglichen Verbot nichts darüber zu entnehmen,inwieweit die
Versicherten allein,also ohne Mitwirkung der Versicherungs-
träger,die ihnen vom Gesetz zugedachten Vermögensvorteile
aufgeben können.In den Fällen einer solcn einseitigen Aufga-
be eines Anspruches auf Leistungen aus der Sozialversicherung
ist also für das Verbot des § 139 Abs.1 S.2 RVO,das die Ver-
sicherten vor einem "gesetzwidrigen" Verhalten der Versiche-
rungsträger schützen will,kein Raum,denn hier wirken diese
ja in keiner Weise mit.

Wenn also Rechtsprechung und Schrifttum den Verzicht auf
Leistungen für unwirksam erklären,soweit er den Versicher-
ten zum Nachteil gereicht,so kann zur Begründung dieser Auf-

1. So z.B.Kreil in AV 1930 S.118:"Wenn in der Rechtsprechung
der Verzicht auf Versicherungsleistungen häufig als eine
"Abmachung" zwischen Versicherungsträger und Versicher-
ten bezeichnet wird,so ist dies zwar nicht völlig zutref-
fend;der Verzicht ist vielmehr ein einseitiges,wenn auch
empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft,das der Versicherte
allein vornimmt,also keine Abmachung.Unter die bezeichne-
ten Vorschriften(gemeint sind § 141 GewÜVG usw.,d.V.)fällt
der Verzicht aber dennoch.Denn die Versicherungsträger
sind durch diese Vorschriften gebunden,von der Anwendung
des Gesetzes auch dann nicht abzusehen,wenn etwa der
Versicherte,wie es bei einem Verzicht der Fall ist,da-
mit einverstanden wäre."
Im Ergebnis ebenso Hahn in AV 1901 S.410.

fassung nicht auf das Verbot des § 133 Abs.1 S.2 RVO zurückgegriffen werden, da dieses Verbot, jedenfalls soweit man den Verzicht als einseitiges Rechtsgeschäft betrachtet, was begaht wurde, nicht einschlägig ist.

3. Das Fazit, das sich aus der Untersuchung der unter 1. herausgestellten Grundsätze in Bezug auf die Verzichtbarkeit von Leistungen aus der Sozialversicherung und damit auch des Arbeitslosengeldes ziehen lässt.

Die kritische Stellungnahme zu den von der Rechtsprechung und vom Schrifttum entwickelten Hauptgrundsätzen über den Leistungsverzicht zeigt, dass alle diese Grundsätze, wie eingehend dargelegt wurde, ebenso wie sie auf die Leistungen aus der RVO angewendet wurden, in gleicher Weise auch auf die Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung übertragen werden können. Sie zeigt jedoch auch, dass alle diese Argumente nicht geeignet sind, einen eindeutigen Beweis für oder gegen die Verzichtbarkeit dieser Leistungen zu liefern. Die Tatsache, dass die Rechtslage in Bezug auf die hier behandelte Frage ungeklärt ist, beruht wohl vor allem darauf, dass Rechtsprechung und Schrifttum sich im wesentlichen darauf beschränkt haben, Einzelargumente, wie etwa die BGB-Grundsätze, das Antragsfordernis etc., heranzuziehen und aus der Gesamtheit dieser Argumente eine Antwort auf die Frage der Verzichtsmöglichkeit zu geben. Gegen diese Methode, die wegen Fehlens einer gesetzlichen Regelung eine Rechtsfrage aus dem Inbegriff der gesetzlichen Vorschriften zu lösen sucht, wird man an sich nichts einwenden können. Jedoch lässt sie unberücksichtigt - und dies ist gerade im vorliegenden Fall, wo es um die Verzichtbarkeit von Ansprüchen geht, von besonderer Bedeutung -, dass es zunächst einmal einer grundlegenden Klärung der Rechtsnatur der fraglichen Ansprüche bedarf. Ergibt sich schon aus der Rechtsnatur die Unverzichtbarkeit, so kann jede weitere Erörterung nur zu falschen Ergebnissen führen. Erst dann, wenn sich aus der Rechtsnatur nichts gegen die Verzichtbarkeit entnehmen lässt, muss auf Grund aller sonstigen in Betracht kommenden Umstände eine Antwort auf diese Frage gesucht wer-

den.

Was die Leistungen aus der Sozialversicherung betrifft, so wird man bedenken müssen, dass sie alle aus Rechtsgebieten stammen, für deren Schaffung jeweils das gleiche Motiv, nämlich der sozialstaatliche Gedanke massgebend war. Man wird deswegen, trotz der mehr oder weniger grossen Unterschiede, die in den einzelnen Versicherungszweigen im Verhältnis zueinander bestehen, in Bezug auf die Rechtsnatur der Leistungen wohl doch zu übereinstimmenden Ergebnissen kommen müssen. Daher hätte auch bei der Frage der Verzichtbarkeit von Leistungen aus der Sozialversicherung zunächst einmal die Rechtsnatur dieser Ansprüche als Ausgangspunkt dienen müssen, ehe bestimmte Einzelargumente herangezogen wurden.

Es wird daher in den folgenden Abschnitten unsere Aufgabe sein, die Rechtsnatur des Anspruches auf Arbeitslosengeld zu untersuchen und festzustellen, welche Konsequenzen sich daraus für die Verzichtbarkeit desselben ergeben.

IV. Zur Frage der Verzichtbarkeit der Hauptbeträge bei der Arbeitslosenhilfe.

Die vorstehenden Untersuchungen, die sich auf den Bereich der Sozialversicherung und damit auch der Arbeitslosenversicherung beschränkten, haben gezeigt, dass dort die Frage des Leistungsverzichtes nicht als geklärt angesehen werden kann. Während jedoch in jenem Bereich das angeschnittene Problem wenigstens Gegenstand von Erörterungen gewesen ist, trifft dies für die Arbeitslosenhilfe und die Krisenunterstützung (§ 101 AVAVG a.F.), aus der diese hervorgegangen ist, keineswegs zu. Die Frage des Verzichtes auf Arbeitslosenhilfe bzw. früher auf Krisenunterstützung ist - soweit ersichtlich - im Schrifttum und in der Rechtsprechung überhaupt noch nicht behandelt worden. Ob die für den Leistungsverzicht in der Sozialversicherung entwickelten Grundsätze sich etwa auch auf die Arbeitslosenhilfe übertragen lassen - was zu bejahen ist - kann dahingestellt bleiben, da diese Argumente, wie sich gezeigt hat, nicht stichhaltig sind. Die weitere Un-

tersuchung wird also auch hier, ebenso wie beim Arbeitslosengeld, von der Rechtsnatur des Anspruches auf Arbeitslosenhilfe ausgehen müssen.

Z W E I T E R U N T E R A B S C H N I T T .

Die Rechtsnatur der Ansprüche auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosen- hilfe.

A. Vorbemerkung.

Die Frage nach der Rechtsnatur der Ansprüche auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe beinhaltet ein Doppeltes. Einmal geht es darum, ob diese Ansprüche als privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche anzusehen sind, zum anderen ist eine Antwort darauf zu geben, welche nähere rechtliche Ausgestaltung diese Ansprüche erfahren haben, welcher Art sie sind, d.h. ob es sich dabei um Versicherungs-, Fürsorge-, Versorgungs-, Schadenersatzansprüche oder dgl. mehr handelt.

Es ist die Untersuchung der Rechtsnatur der genannten Ansprüche nicht der eigentliche Zweck dieser Arbeit, vielmehr besteht unsere Aufgabe darin, die Verzichtbarkeit dieser Ansprüche zu prüfen. Dementsprechend wird auch nur auf diejenigen mit der Rechtsnatur der Ansprüche auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe zusammenhängenden Fragen einzugehen sein, die der Lösung dieser Aufgabe förderlich sind. Dies bedeutet, dass im folgenden nur zu prüfen sein wird, ob und weshalb diese Ansprüche als öffentlich-rechtliche anzusehen sind. Nur die Feststellung nämlich, ob diese Ansprüche subjektive öffentliche Rechte sind im Zusammenhang mit dem weiteren Problem, inwieweit ein Verzicht auf subjektive öffentliche Rechte möglich ist, wird eine Antwort auf die uns gestellte Frage nach der Verzichtbarkeit dieser Rechte ermöglichen(1).

1. Wir können daher die andere Seite der Rechtsnatur dieser Rechte, nämlich ihre nähere rechtliche Ausgestaltung (Versicherungs-, Versorgungs-, Fürsorgerechte etc.) bei der weiteren Betrachtung ausser acht lassen. Vgl. den Überblick über den Stand der Meinungen zu dieser Frage, insbesondere zu der Rechtsnatur der Sozialversicherung, in der Abhandlung von Stelzig, "Die Rechtsnatur der Sozialversicherung".

Um also sagen zu können, warum die Ansprüche auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenilfe subjektive öffentliche Rechte sind, insbesondere aber um das Problem der Verzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte behandeln zu können, müssen zunächst Begriff und Wesen des subjektiven öffentlichen Rechtes untersucht werden.

B. Das subjektive öffentliche Recht.

I. Begriff und Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts(1).

1. Einzelindividuen und Hoheitsträger als mögliche Inhaber subjektiver öffentlicher Rechte. Beschränkung der Untersuchung auf subjektive öffentliche Rechte der Einzelindividuen.

Da wir es hier mit dem Verzicht auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenilfe zu tun haben, mit Rechten also, die Einzelpersonen zustehen, so können wir uns darauf beschränken, die subjektiven öffentlichen Rechte der Einzelpersonen zu untersuchen, wobei wir unberücksichtigt lassen, ob auch der Staat oder sonstige Hoheitsträger derartige Rechte, vor allem im Verhältnis zu den der öffentlichen Gewalt Unterworfenen, haben können, bzw. ob man solche Rechte auch tatsächlich als subjektive öffentliche Rechte bezeichnen kann(2).

1. Zur Geschichte des subjektiven öffentlichen Rechts vgl. insbesondere G. Jellinek, System S. 1ff.
2. G. Jellinek, System S. 134ff. erkennt solche Rechte des Staates gegen den Unterworfenen an und führt zur Begründung die Selbstbeschränkung des Staates an. Ebenso Forsthoff S. 165; W. Jellinek, Verw. Recht S. 134; Mayer-Anschütz I S. 37; Richter AöR Bd. 47 S. 22ff.; Thoma Hdb. d. St. R. II S. 623. O. Mayer wiederum bestreitet die Möglichkeit solcher Rechte, da die Auffassung, wonach sich der Staat durch seine Selbstbeschränkung, durch seine Unterwerfung unter die Rechtsordnung seiner Rechte begeben habe und eben diese Rechte aus der Hand der Rechtsordnung wieder zurückerhalte, auf einer Verkenntung des Rechtsstaatsgedankens beruhe, vgl. Verw. R. I S. 304ff. Diese Auffassung teilen Döring S. 42ff. und Fischer, Verzicht S. 19. Huber I S. 681 bestreitet zwar nicht die Möglichkeit von Rechten in der Hand eines Hoheitsträgers gegenüber Einzelpersonen, kritisiert jedoch die Terminologie, die solche

2. Möglichkeit und Voraussetzungen subjektiver öffentlicher Rechte gegen den Staat.

Ehe wir auf die einzelnen Begriffsmerkmale und das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts näher eingehen, muss zunächst die Möglichkeit solcher Rechte gegenüber dem Staat oder einem sonstigen Hoheitsträger dargelegt werden.

Der Bestand solcher Rechte versteht sich nämlich keineswegs von selbst, vielmehr gehören alle damit zusammenhängenden Fragen der neueren Verwaltungsgeschichte an⁽¹⁾. Historisch gesehen ermöglichte erst die Ablösung des absoluten Staates durch den Rechtsstaat die Begriffsbildung des subjektiven öffentlichen Rechts⁽²⁾. Das rechtsstaatliche Denken mit seiner Überwindung der absolutistischen Staatstheorie, wonach dem Staat die Position einer absoluten Machtüberlegenheit zuerkannt wurde, führte zu der Lehre von der Selbstbindung des Staates⁽³⁾. Der Staat ist danach nicht mehr Herr des Rechts, sondern an die Rechtsordnung gebunden, er steht selbst unter der Idee des Rechts⁽⁴⁾. Erst diese Bindung des Staates

Rechte als subjektive öffentliche Rechte bezeichnet, "denn sie verfehlt den konkreten Sinn, der den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts kennzeichnet. Die spezifische Bedeutung des Begriffes des subjektiven öffentlichen Rechts liegt darin, dass es Ansprüche und Befugnisse gewährt, die gegen ein Rechtssubjekt des öffentlichen Rechts gerichtet sind."

1. Vgl. Forsthoff S. 165.

2. Zwar bestand auch in der vorabsolutistischen Zeit eine Bindung der öffentlichen Gewalt gegenüber dem Individuum, jedoch waren es Rechte nicht gegenüber dem Staat als einem überpersönlichen abstrakten Gebilde, sondern nur gegenüber dem Landesherrn, der Obrigkeit. Diese Rechte wurden als private Rechte betrachtet. In der absolutistischen Staatsordnung, als der Staat an sich Träger der gesamten Rechtsordnung wurde, galt das Individuum als der absoluten Gewalt unterworfen. Eine Bindung der Staatsgewalt gegenüber dem einzelnen war nicht denkbar. Individuelle Rechte bestanden nicht gegenüber dem Staat als Hoheitsträger, sondern nur gegenüber dem Staat als Fiskus, wobei es sich jedoch gerade nicht um subjektive öffentliche Rechte handelte, sondern um subjektive Privatrechte.

3. Vgl. Forsthoff S. 106; Huber I S. 678; G. Jellinek, Allg. Staatslehre S. 367ff; W. Jellinek, Verw. Recht S. 203; Richter AöR Bd. 47 S. 28ff. Sehr kritisch gegenüber dieser Lehre Kelsen, Allg. Staatslehre S. 74ff.

4. Vgl. Forsthoff aaO; Huber I aaO; zutreffend weist jedoch Forsthoff unter Berufung auf O. Mayer darauf hin, dass der Staat in der Bindung an die Rechtsordnung nicht aufgeht, was vor allem im Falle des Ausnahmezustandes gelten muss.

an die Rechtsordnung stellt die Verwirklichung des Rechtsstaatsgedankens dar und ermöglicht zugleich die Annahme subjektiver öffentlicher Rechte gegenüber dem Staat(1).

Indessen hat es gerade im Hinblick auf diese Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates, vor allem in der älteren Literatur nicht an Stimmen gefehlt, die die Möglichkeit subjektiver öffentlicher Rechte gegen den Staat geleugnet haben(2). Denn wenn das subjektive Recht als eine Bindung und Verpflichtung einer anderen Person aufgefasst werden muss, so könne es subjektive Rechte gegenüber dem Staat deswegen nicht geben, weil dieser die Möglichkeit habe, solche Rechte jederzeit durch seine Gesetzgebung zu vernichten.

Richtig ist hieran sicherlich, dass es keine absolute Garantie dafür gibt, dass der Staat sich auch tatsächlich und immer der von ihm gesetzten Rechtsordnung unterwirft und diese anerkennt. Es wäre dies nur dann der Fall, wenn die Rechtsordnung für den Staat schlechthin unantastbar wäre(3). Wodurch jedoch, so muss man sich fragen, könnte eine derartige Wirkung herbeigeführt werden? Vorstaatliches Recht oder überpositives Recht - soweit man solches überhaupt anerkennt(4) - enthält doch wohl weitgehend nur Postulate(5), erhält aber seine eigentlich verbindliche Kraft erst durch die staatliche Anerkennung. Solche höheren Rechtsnormen stellen also keine vollwirksame Sicherung dar gegen einen etwaigen Versuch des Staates, sich seiner Pflichten zu entledigen. Keineswegs soll durch diese Überlegung der rechtsstaatliche Gedanke irgendwie in Frage gestellt werden, es sollen vielmehr nur die Grenzen seiner Wirksamkeit aufgezeigt werden. Allein dieses rechtsstaat-

-
1. Die Tatsache der Rechtspersönlichkeit des Staates - sie ist wichtig deswegen, weil nur dadurch das subjektive öffentliche Recht einen Adressaten und damit ein Pflichtsubjekt erhält - können wir hier voraussetzen.
 2. Vgl. dazu vor allem Bornhak I S. 285ff und die weiteren Nachweise bei Forsthoff S. 166 Anm. 3 sowie Huber I S. 677. Thoma, Hdb. d. St. R. II S. 607, leugnet nur subjektive öffentliche Rechte gegenüber dem Staat als gesetzgebender Körperschaft.
 3. Vgl. Thoma, Hdb. d. St. R. II S. 607.
 4. Ablehnend gegenüber der Annahme überpositiven Rechts Nawiasky in JZ 1954 S. 717ff, sowie Nawiasky-Lechner S. 24ff.
 5. Vgl. Thoma, Hdb. d. St. R. II S. 607f.

liche Prinzip ist es auch(1),welches die Gewähr dafür bietet, dass der Staat einmal gewährte Rechte respektiert und sie nicht als Gesetzgeber wieder beseitigt(2).

Der Bestand des subjektiven öffentlichen Rechts ist also von der jeweiligen Staatsform abhängig und nur dort nicht hinwegzudenken,wo das rechtsstaatliche Prinzip tatsächlich verwirklicht ist(3).

Mit der Selbstbindung des Staates,seiner Unterwerfung unter die Rechtsordnung ist allerdings erst die grundlegende Voraussetzung für die Entstenuung subjektiver öffentlicher Rechte geschaffen,nicht aber auch eine zwingende Ursache. Die Selbstbindung des Staates kann verwirklicht sein auch ohne Anerkennung einer Willensmacht des Individuums gegenüber dem Staat. "Damit es dazu komme,ist vielmehr notwendig, dass das Verhältnis des Einzelnen zum Staat sich nicht in der Rechtsunterworfenheit erschöpft,dass der Einzelne also nicht blosser Rechtsuntertan ist,sondern dass er auch im Bereich der öffentlichen Ordnung als Rechtsperson gewertet wird,also als ein Rechtssubjekt,das in aktiver Teilhabe an der Verwirklichung des Staats- und Rechtszweckes steht"(4).Zutreffend hat Huber damit auf das zweite Moment des rechtsstaatlichen Begriffes hingewiesen,denn dieser erschöpft sich nicht in der Rechtsunterworfenheit des Staates,sondern beinhaltet zugleich die Einräumung und Abgrenzung einer selbständigen Stellung des Individuums gegenüber dem Staat oder einem sonstigen Hoheitstrager.

Nachdem wir hier die Möglichkeit und die elementaren Voraussetzungen der subjektiven öffentlichen Rechte von

1. Wo dieses Prinzip keine Wirksamkeit besitzt,da ist auch das Bestehen subjektiver öffentlicher Rechte im höchsten Grade zweifelhaft.Man wird in diesen Fällen direkt von einer Vermutung sprechen können,dass die durch das obj.Recht gewährten Begünstigungen des Individuums nur als Reflex objektiven Rechts anzusehen sind,vgl.Huber I S.684,cc.
2. Vgl.hierzu Fischer,Verzicht S.20;Richter AÖR Bd.47 S.28ff. Im übrigen schliesst die Möglichkeit,dass der Staat gewährte Rechte wieder beseitigt nicht aus,diese Rechte,solange sie vorhanden sind,als subj.öff.Rechte zu behandeln.
3. Vgl.Bühler,Gedächtnisschr.S.207;Huber I S.684 cc;v.Turegg S.134.
4. So Huber I S.678.Vgl.auch Forsthoff S.167;v.Turegg S.135.

Einzelpersonen umrissen haben, können wir uns nunmehr dem Begriff des subjektiven öffentlichen Rechtes zuwenden.

3. Das "subjektive Recht" als gemeinsamer Oberbegriff des subjektiven privaten und des subjektiven öffentlichen Rechts.

Gehen wir zunächst einmal ganz allgemein von dem Begriff "subjektives öffentliches Recht" aus, so ergibt sich hieraus zweierlei. Auch das subjektive öffentliche Recht muss zunächst einmal subjektives Recht, d.h. eine dem Einzelnen zustehende Berechtigung sein. Es ist besonders dadurch gekennzeichnet, dass es nur in dem Bereich des objektiven Rechts denkbar ist, den wir als öffentliches Recht bezeichnen.

Mit diesen Feststellungen ist zugleich der weitere Weg der Untersuchung vorgezeichnet. Um zu der Erkenntnis des Wesens des subjektiven öffentlichen Rechtes gelangen zu können, werden wir zunächst einmal den Oberbegriff "subjektives Recht" beleuchten müssen⁽¹⁾, um dann auf den Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht einzugehen.

a) Durch die Umschreibung als subjektives Recht stellen wir dem objektiven Recht, als dem Inbegriff aller Rechtsnormen, die sich daraus ergebende Berechtigung des einzelnen Rechtssubjektes gegenüber⁽²⁾. Welches ist das Wesen dieser aus dem objektiven Recht fließenden Berechtigung, die wir als subjektives Recht bezeichnen?

1. Auch im Schrifttum wird weitgehend von einem dem subjektiven öffentlichen und dem subjektiven Privatrecht gemeinsamen Oberbegriff ausgegangen, so z.B. Bachof, Vornahmeklage S. 65; Böhler S. 7; Forsthoff S. 106; Huber I S. 687; W. Jellinek, Verw. Recht S. 201; Richter AöR Bd. 47 S. 31. Sehr zutreffend schreibt Bachof, Gedächtnisschrift S. 272: "Soll die terminologische Gegenüberstellung von subjektivem Privatrecht und subjektivem öffentlichem Recht sinnvoll sein, so müssen die beiden einem Oberbegriff 'subjektives Recht' unterfallen. Waren beide inkommensurabel, so wäre die Nomenklatur widersinnig und schleunigst aufzugeben. Es gibt in der Tat einen gemeinsamen Oberbegriff, ..." A.A. insbesondere G. Jellinek in seinem System der subjektiven öffentlichen Rechte, worauf jedoch noch einzugehen sein wird.
2. Vgl. Bachof, Vornahmeklage S. 62; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, 1. Halbb. S. 272f.

Wir glauben der hierin wohl herrschenden Meinung folgen zu müssen und sehen in Übereinstimmung mit ihr in dem subjektiven Recht seinem Inhalt nach eine dem einzelnen durch die Rechtsordnung eingeräumte Willensmacht und seinem Zweck nach ein Mittel zur Befriedigung der Interessen des Berechtigten(1). Wir gelangen damit zu einer Ablehnung sowohl der reinen Willens-(2), wie auch der reinen Interessentheorie(3), weil nur durch die Würdigung beider Merkmale, nämlich der Willensmacht und des Interesses das Wesen des subjektiven Rechtes wirklich verständlich wird.

b) Willt man das Merkmal der Willensmacht aus dem Begriff des subjektiven Rechts eliminieren, so kann nicht mehr von einem subjektiven Recht im Sinne einer Berechtigung gesprochen werden. Der Interessenschutz, die Interessentbefriedigung allein genügen hierfür jedenfalls nicht, denn Interessenschutz ist auf vielerlei Weise möglich, ohne dass damit schon ein subjektives Recht zur Entstehung gelangen müsste. Dies zeigt sich besonders deutlich, wenn man an den Reflex objektiven Rechts denkt. Hier handelt es sich doch gerade um den Tatbestand, dass durch die Rechtsordnung die Befriedigung der Interessen des einzelnen verfolgt wird, ohne dass jedoch der Begünstigte einen Anspruch aus der in Frage kommenden Norm ableiten könnte. Die Willensmacht ist also geradezu das kennzeichnende Unterscheidungsmerkmal zwischen dem subjektiven Recht, der echten Berechtigung und dem blossen Reflex objektiven Rechts(4).

1. So vor allem Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, 1. Halbb. S. 273 mit zahlreichen Nachweisen insbesondere über die Hauptvertreter der reinen Willens- und der reinen Interessentheorie. Für das publ. Schrifttum vgl. Bachof, Gedächtnisschr. S. 292; derselbe in Vornahmeklage S. 63; Buhler S. 14 und 224; Fischer, Verzicht S. 18; Huber I S. 683; G. Jellinek, System S. 44; W. Jellinek, Verw. Recht S. 201; O. Mayer I S. 103; v. Turegg S. 134.
2. So für das subj. öff. Recht insb. Richter AÖR Bd. 47 S. 32.
3. Fleiner S. 175 stellt vorwiegend auf das Interesse ab.
4. Vgl. Bachof, Vornahmeklage S. 63; G. Jellinek, System S. 44: "Erst die rechtliche Anerkennung einer auf das Gut oder Interesse gerichteten Willensmacht kann jene Individualisierung des Rechtes hervorrufen, jene Verknüpfung des Rechtes mit einer bestimmten Persönlichkeit, welche ein wesentliches Kriterium des subjektiven Rechts bildet. Rechtlich geschützt wird ein Interesse durch objektives Recht, auch wenn es keine individuelle Willensmacht anerkennt. Nur wenn ein individueller Wille als massgebend für das Dasein und den Umfang des Interesses anerkannt wird, verwandelt sich

c) Aber auch das Merkmal des Interesses kann aus dem Begriff des subjektiven Rechts nicht hinweggedacht werden, ohne dass damit dieser Begriff schlechthin in Frage gestellt wird. Eine Ausserachtlassung des Interesses würde dem Willen die Richtung nehmen. Sehr treffend hat G. Jellinek⁽¹⁾ auf die Fehler der reinen Willentheorie aufmerksam gemacht mit dem Hinweis darauf, dass ein "Wollen" schlechthin eine psychologische Unmöglichkeit sei. Jeder menschliche Willensakt müsse einen bestimmten Inhalt haben. Man könne daher immer nur "etwas" wollen. Dieses "Etwas" aber sei, in Beziehung zu der Person gesetzt, vom Standpunkt des Gesetzgebers aus ein Gut, bzw. vom Standpunkt des Individuums aus, also subjektiv betrachtet, ein Interesse.

Gehört also das Interesse notwendigerweise zum Wesen des subjektiven Rechts, so lässt sich andererseits die weitere Frage, ob dieses "Etwas", das Inhalt des Willens ist, ein irgendwie geartetes Interesse sein darf, oder ob es ein eigenes Interesse des Rechtsmachttragers sein muss, nicht so eindeutig beantworten. Willensmacht kann einer Person zur Betätigung im eigenen, als auch zur Betätigung in fremdem Interesse verliehen werden. Kann man von subjektivem Recht auch in der Verbindung von Willensmacht und fremdem Interesse sprechen? Und nur in diesem begrenzten Rahmen scheint uns die Einbeziehung des Interesses in den Begriff des subjektiven Rechts überhaupt zweifelhaft. Indessen glauben wir, dass bei der zuletzt angeschnittenen Frage mehr Zweckmässigkeits- und terminologische Gesichtspunkte massgebend sind dafür, ob man als subjektives Recht nur die Möglichkeit der Willensbetätigung im eigenen Interesse oder auch die der Willensbetätigung im fremden Interesse bezeichnen will. Inwieweit man etwa bei der Erhebung der Popularklage⁽²⁾ von der Wahrnehmung eines subjektiven Rechtes sprechen kann, erscheint nicht als eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung in Bezug auf das subjektive Recht, sondern, wie gesagt, mehr als eine Zweckmässigkeitsfrage, weswegen

dieses in ein subjektives Recht."

1. Vgl. System S. 42.

2. Diese ist in beschränktem Masse im Verfassungsrecht gegeben, vgl. etwa § 54 des Bayer. Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof.

wir von einer weiteren Betrachtung Abstand nehmen können(1)

4. Privates und öffentliches Recht.

Mit dem Versuch der Klärung der Eigenart des einen Teilgebietes in unserem Rechtssystem, nämlich des öffentlichen Rechts(2), wollen wir die zweite Voraussetzung schaffen, die uns eine Erkenntnis des Wesens des subjektiven öffentlichen Rechtes ermöglichen soll. Denn wenn dieses dem öffentlichen Recht angehört, so nimmt es auch zwangsläufig an der Eigenart desselben teil.

Man wird dabei über das Problem des Unterschiedes zwischen dem Privat- und dem öffentlichen Recht nicht einfach hinweggehen können, denn dazu ist diese Frage zu sehr umstritten und man wird auch heute noch nicht bezweifeln können, dass wir es gerade hier mit einem noch ungelösten Problem zu tun haben(3).

a) Zwar wird die Scheidung unseres gesamten Rechtes in ein öffentliches und ein privates vorausgesetzt und ist auch von erheblicher praktischer Bedeutung, wenn man etwa an die abweichenden Rechtswegbestimmungen für private und öffentliche Rechtsverhältnisse denkt, indessen begrifflich ist

-
1. Die Wahrnehmung eigener Interessen fordern W. Jellinek, Verw. Recht S. 201, derselbe, Gesetz S. 116f; Huber I S. 681; v. Turegg S. 13.

Auch Bachof, Gedächtnisschrift S. 292f spricht, entgegen einer früher vertretenen Auffassung in Vornahmeklage S. 63, von einem subjektiven Recht nur bei Wahrnehmung eigener Interessen des Rechtsmachtträgers. Er begründet dies ausser mit dem gängigen Sprachgebrauch auch mit gesetzlichen Bestimmungen, nämlich mit § 23 der südd. Verwaltungsgerichtsgesetze. Diese bestimmen, dass, soweit gesetzlich nichts anderes vorgesehen ist, nur klagen kann, wer ein "ihm zustehendes Recht" geltend macht. Daraus folge, dass das Gesetz zwar einer beliebigen Person die Rechtsmacht zur klageweisen Geltendmachung fremder Interessen ausdrücklich zuweisen könne, dass es diese Befugnis dann aber gerade nicht als ein Recht dieser Person bezeichnet wissen wolle.
A. A. G. Jellinek, System S. 44.

2. Uns interessiert in diesem Zusammenhang nur das Verwaltungsrecht, nicht aber auch die sonstigen Teilbereiche des öffentlichen Rechts.
3. Vgl. Wolff AÖR Bd. 76 S. 206 und die dortige Literaturübersicht in Anm. 2

eine derartige Scheidung für ein Rechtssystem keineswegs. So beweist ein rechtsgeschichtlicher und ein rechtsvergleichender Überblick, dass dieser Unterschied historisch entstanden ist und auch heute durchaus nicht allen Rechtsordnungen eigen ist(1). Demnach stellt sich die Spaltung unseres Rechtssystems in ein privates und ein öffentliches Recht als eine rein positivrechtliche, nicht aber als eine apriorische Erscheinung dar(2). Will man daher eine Abgrenzung des öffentlichen Rechts vornehmen, so geht es darum, diejenigen Rechtsverhältnisse zusammenzufassen, die positivrechtlich durch die Eigenart ihrer Tatbestände als öffentlich-rechtliche charakterisiert sind(3).

b) Wodurch zeichnen sich nun diese Rechtsverhältnisse aus?

Zunächst - es ist unmöglich in diesem Zusammenhang auf alle Theorien einzugehen, die zur Klärung des Unterschiedes zwischen privatem und öffentlichem Recht aufgestellt wurden, wir müssen uns vielmehr darauf beschränken, die Hauptmeinungen kritisch zu beleuchten und unseren eigenen Standpunkt zu dieser Frage darzulegen.

Sieht man von denjenigen Autoren ab, die das Bestehen eines Unterschiedes zwischen privatem und öffentlichem Recht überhaupt leugnen(4), so sind insbesondere zwei Gesichtspunkte

1. So war dem deutschen Recht die Unterscheidung zwischen priv. und öff. Recht bis zur Rezeption unbekannt, vgl. Fleiner S. 28 ff.; Jacobi S. 353; Nawiasky, Allg. Rechtsl. S. 300. Das englische Recht ist heute noch gekennzeichnet durch das einheitliche "common law", vgl. Nawiasky aaO.
2. Vgl. Jacobi S. 384 auch Anm. 23; Nawiasky, Allg. Rechtsl. S. 300; Richter AöR Bd. 47 S. 18.
3. Nur um die Feststellung dieses Rechtsverhältnisses geht es, wenn wir vom öffentlichen Recht sprechen, denn in seiner Gesetzeseigenschaft ist alles Recht, also auch das private, öffentlich-rechtlicher Art, vgl. Jacobi S. 318 ff.; W. Jellinek, Verw. Recht S. 48.
4. So insbesondere Kelsen AöR Bd. 31 S. 192, derselbe Allg. Staatsl. S. 85 ff.; Merkel S. 85: "Die Differenzierung zwischen öffentlichem und privatem Recht scheitert, wie gezeigt, an einem rechtlich relevanten Unterscheidungsmerkmale." Der Fehler insbesondere der Kelsenschen Auffassung dürfte, ohne dass wir näher auf diese eingehen wollen, darin liegen, dass er den Staat nur in Bezug auf die Rechtssetzung als überlegenes Machtsubjekt ansieht. Jedoch auch soweit der Staat, so der verwaltende Staat, unter der Rechtsordnung steht - und er ist der Rechtsordnung unterworfen, geht

zu berücksichtigen, die man zur Charakterisierung des öffentlichen Rechts herangezogen hat, nämlich den des überwiegenden öffentlichen- oder Gemeininteresses und den der Beteiligung hoheitlicher Gewalt an einem Rechtsverhältnis.

c) Die eine Auffassung sieht in Anlehnung an die bekannte Unterscheidung im römischen Recht öffentliches Recht nur dann als vorliegend an, wenn in einem Rechtsverhältnis den Gesamtinteressen der Vorzug gegenüber den Privatinteressen eingeräumt ist und wird demzufolge als Interessentheorie bezeichnet(1).

Auszugehen ist bei dieser Theorie davon, dass immer ein Verhältnis von Gesamtinteressen zu Individualinteressen vorliegen muss, es handelt sich also nicht um ein "Entweder - Oder"(2). Nun schliessen in der Tat Individualinteressen und Gesamtinteressen in unserer ganzen Rechtsordnung einander nicht aus und können das auch gar nicht, denn einerseits wird ein Individualinteresse nur dann und nur insoweit geschützt, als dies das Gesamtinteresse gebietet, andererseits ist kein Gesamtinteresse denkbar, das mittelbar nicht zugleich den Interessen der die Gemeinschaft bildenden Individuen dient(3). Sicherlich kann nun bei einer solchen "Gemengelage von Allgemeininteressen und Individualinteressen"(4), wie sie in allen Rechtsverhältnissen zwangsläufig vorhanden ist, entweder das eine oder das andere den Vorrang haben, und es muss

man unter der Herrschaft des rechtsstaatlichen Prinzips von der "zweiseitig verbindlichen Kraft des Gesetzes" aus -, ist er gegenüber den anderen Rechtssubjekten als überlegenes Machtsubjekt anzusehen, was noch zu zeigen sein wird.

Merkel teilt das ganze Recht ein in Verfassungsrecht, das Recht der Gesetze und der dem Gesetz gleichstehenden bzw. untergeordneten Rechtsquellen.

1. Vertreter derselben sind Apelt S. 129; Fischer, Verzicht S. 17f; Nawiasky, Allg. Staatslehre Teil 3 S. 168, derselbe, Allg. Rechtslehre S. 294; v. Turegg S. 36 vor allem in seiner Definition des öffentlichen Rechts.
2. Vgl. Nawiasky, Allg. Staatslehre Teil 3 S. 168.
3. Vgl. Bachof, Gedächtnisschrift S. 290; Bühler S. 44; G. Jellinek, System S. 53.
4. Vgl. Bachof aaO.

- der Interessentheorie entsprechend - das Gesamtinteresse eindeutig bevorzugt sein, soll man von einem öffentlichen Rechtsverhältnis und damit von öffentlichem Recht sprechen können. Darin liegt jedoch zugleich die entscheidende Schwäche dieser Theorie. Denn die Feststellung, ob im Einzelfall das Gesamtinteresse überwiegt, erfordert eine Wertung, einen inneren Vorgang also, dessen Ergebnis von dem subjektiv wechselnden Standpunkt des jeweiligen Betrachters abhängig ist. Eine objektive Fixierung dieses für die Abgrenzung entscheidenden Merkmales ist also praktisch nicht durchführbar(1).

Es kommt jedoch noch ein weiteres hinzu, die Tatsache nämlich, dass das verfolgte Interesse noch keine Auskunft darüber gibt, mit welchen Mitteln diesem Interesse Geltung verschafft wird. Kann sich der Staat aber auch in den Fällen, in denen das öffentliche Interesse überwiegt, zur Realisierung derselben der Mittel des Privatrechts bedienen, wie kann dann das Merkmal des überwiegenden Interesses überhaupt den Schluss auf die Zugehörigkeit eines Rechtsverhältnisses zu dem einen oder anderen Rechtsgebiet zulassen?

Alle dem muss man entnehmen, dass die Interessentheorie kein geeignetes Kriterium für die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht bieten kann(2).

d) Die andere Auffassung sieht das charakteristische Unterscheidungsmerkmal des öffentlichen Rechts gegenüber dem privaten in der Besonderheit der am jeweiligen Rechtsverhältnis beteiligten Personen und spricht demgemäß von öffentlichem Recht dann, wenn an einem Rechtsverhältnis ein Träger hoheitlicher Gewalt beteiligt ist(3). Daraus ergibt

1. Was allerdings Nawiasky, Allg. Staatsl. S. 295 bestreitet: "Selbstverständlich kommt es auch nicht auf ausserrechtliche Erwägungen, d.h. auf eine Wertung des Betrachters der Rechtsnorm an, sondern nur auf den rechtsimmanenten Gesichtspunkt, welche Wertung in der Rechtsnorm selbst vorgenommen worden ist.."
2. Ebenso Fleiner S. 51; Forsthoff S. 98; Jacobi S. 378; G. Jellinek, Allg. Staatsl. S. 384; Merkl S. 82.
3. So die sog. Subjektstheorie vertreten von Huber I S. 682 d; Jacobi S. 380; O. Mayer I S. 15; Richter AöR Bd. 47 S. 31; Schnorr v. Carolsfeld S. 10, welcher ausführt, dass an einer rechtlichen Beziehung ein Subjekt des öffentlichen Rechts beteiligt sein müsse, um diese zu einer öffentlich-rechtlichen zu machen.

sich zunächst einmal negativ, dass alle Rechtsverhältnisse, an denen nicht mindestens ein Träger hoheitlicher Gewalt beteiligt ist, nicht öffentlich-rechtlicher Art sein können(1). Andererseits kann diese Feststellung nicht ohne Einschränkungen gelten, denn ein Hoheitsträger braucht nicht immer als solcher aufzutreten, vielmehr nimmt auch er weitgehend am Privatrechtsverkehr teil. Diese zuletzt genannten Fälle gilt es auszuschliessen und man gelangt dann - jedenfalls nach der Subjektstheorie - zu dem Ergebnis, dass öffentliches Recht immer dann gegeben ist, wenn an einem Rechtsverhältnis mindestens ein Träger hoheitlicher Gewalt in seiner Eigenschaft als solcher beteiligt ist. Damit erledigt sich auch der Haupteinwand, der immer wieder gegen die Subjektstheorie vorgebracht wurde und noch vorgebracht wird, dass nämlich auch Hoheitsträger wie Privatrechtssubjekte auftreten könnten und damit dem Privatrecht unterlägen(2).

Wir glauben, der Subjektstheorie in ihrem Kern durchaus folgen zu müssen, da das öffentliche Recht tatsächlich gekennzeichnet ist durch das Wirken hoheitlicher Gewalt, was sich äusserlich an der Beteiligung eines Hoheitsträgers an einem Rechtsverhältnis zeigt. Nicht der Ausgangspunkt dieser Theorie erscheint unzutreffend, sondern ihre praktische Brauchbarkeit ist gering, denn es reicht nicht aus zu sagen, öffentliches Recht liege dann vor, wenn an einem Rechtsverhältnis die öffentliche Gewalt beteiligt ist, sondern es bedarf noch der Erklärung, woran man das Wirken hoheitlicher Gewalt erkennt. Darüber aber sagt die Subjektstheorie nichts aus(3), und darin dürfte der eigentliche Mangel dieser Theorie liegen. Es bedarf also noch der Hinzuziehung weiterer Kriterien, um feststellen zu können, wann ein Hoheitsträger auch als solcher auftritt.

e) Anders ist es nur dann, wenn wir die Beteiligung eines Hoheitsträgers in seiner Eigenschaft als solcher auch ein-

1. Vgl. Jacobi S. 379f; Nawiasky, Allg. Rechtsl. S. 301; Richter, AÖR Bd. 47 S. 21.

2. So etwa Apelt S. 123; Fischer, Verzicht S. 12; Nawiasky, Allg. Rechtsl. S. 278.

3. Zutreffend Fischer, Verzicht S. 15.

deutig erkennen können. Die Möglichkeit hierzu bietet sich uns in all den Fällen, in denen sich der Hoheitsträger des Verwaltungsaktes als Gestaltungsmittel bedient. Der Verwaltungsakt ist obrigkeitlicher Ausspruch, obrigkeitliche Willensäußerung, ja man kann sagen, die typische Ausdrucksform öffentlicher Gewalt im Bereich der Verwaltung(1). Wenn auch der Verwaltungsakt nur im Rahmen hoheitlicher Verwaltung möglich ist, so ist damit allerdings nicht gesagt, dass er nur im Zusammenhang mit der Ausübung hoheitlicher Zwangsgewalt vorkommt, er umfasst vielmehr auch den gesamten Bereich fürsorglicher Tätigkeit, soweit diese in Erfüllung staatlicher Aufgaben vollzogen wird(2). Immer dann, wenn ein Rechtsverhältnis dadurch gekennzeichnet ist, dass ein Hoheitsträger dem anderen am Rechtsverhältnis beteiligten Rechtssubjekt mit dem Mittel des Verwaltungsaktes gestaltend oder feststellend gegenübertritt, was sich zugleich in einer Überordnung der öffentlichen Gewalt über den einzelnen Rechtsunterworfenen dokumentiert, bietet die Feststellung, ob wir es mit öffentlichem oder privatem Recht zu tun haben, keine Schwierigkeiten, denn hier ist das Wirken hoheitlicher Gewalt, das typische Merkmal des öffentlichen Rechts, ohne weiteres erkennbar.

In dieser Richtung sieht daher auch das entscheidende Kriterium zur Abgrenzung des öffentlichen Rechts gegenüber dem Privatrecht die Subjektionstheorie(3), die wir als eine Unterart der Subjektstheorie ansehen können. Nicht auf eine rein faktische Überlegenheit kommt es nach dieser Theorie an(4), auch nicht auf ein rechtliches Über- und Unterordnungsverhältnis schlechthin(5), sondern auf die rechtliche Überordnung

1. Vgl. dazu Apelt S. 74ff; Fleiner S. 183; Forsthoff S. 179; W. Jellinek, Verw. Recht S. 246; v. Köhler S. 155; Menger S. 98ff; Nebinger S. 197.
2. So Forsthoff S. 177; v. Turegg S. 114.
3. Sie wird vertreten von Fleiner S. 47f; Forsthoff S. 98; Huber I S. 682 c; Hatschek S. 15; v. Köhler S. 24; Tezner in Grünhuts Zeitschrift Bd. 21 S. 114.
4. Mit diesem Argument versucht Wolff, AÖR Bd. 76 S. 205, die Subjektionstheorie zu entkräften, indem er auf die Überlegenheit des Dienstherrn in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis hinweist.
5. Denn solche sind auch im Privatrecht möglich, wenn man nur an das Gewaltverhältnis zwischen Eltern und Kindern denkt.

der öffentlichen Gewalt gegenüber dem Gewaltunterworfenen. Dass aber ein Hoheitsträger trotz seiner Bindung an die Rechtsordnung(1) den Gewaltunterworfenen rechtlich überlegen ist, kann nicht zweifelhaft sein, wenn man bedenkt, dass er die Möglichkeit hat, durch Verwaltungsakt, also durch einseitige Willenserklärung(2) zu bestimmen, was Rechtens ist. Sichtbaren Ausdruck hat die Auffassung von der rechtlichen Überlegenheit des Hoheitsträgers über den Gewaltunterworfenen auch darin gefunden, dass für Verwaltungsakte die Vermutung der Rechtmässigkeit und Gültigkeit besteht(3), was von einer Wertung spricht, die dem Staatswillen einen höheren Rang zuweist als dem Privatwillen.

Sicherlich lassen sich mit der Subjektionstheorie nicht alle öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse erklären(4),

1. Darauf stellt insbes. Nawiasky, Allg. Rechtsl. S. 287 sowie Allg. Staatsl., Teil 3 S. 166f, ab und gelangt somit zu dem Ergebnis, dass auch der verwaltende Staat als Rechtsunterworfener jedem anderen Rechtssubjekt gleichgeordnet sei.
2. Die Tatsache, dass bestimmte Verwaltungsakte nur auf Antrag ergehen ändert nichts daran, dass es sich um einseitige obrigkeitliche Aussprüche handelt, vgl. hierüber Forsthoff S. 188f; W. Jellinek, Verw. Recht S. 249ff; v. Turegg S. 120f.
3. Diese Auffassung geht zurück auf die Lehre O. Mayers von der Selbstbezeugung des Staates, vgl. Verw. Recht I S. 94ff, und gilt heute fast allgemein, vgl. Bachof SJZ 1949 Sp. 389; Forsthoff S. 199; Huber II S. 694; Menger S. 174, 177; v. Turegg S. 122; W. Jellinek, Verw. Recht S. 246 sagt, ausgehend vom Verwaltungsakt als obrigkeitlicher Äusserung, "dass der den Verwaltungsakt Erlassende über dem Privatmann insofern steht, als er die Macht hat, dem Akte, so wie er bei unbefangener Deutung zu verstehen ist, mindestens die Vermutung der Rechtmässigkeit und Gültigkeit zu geben..." Gegen diese Meinung insbes. Bettermann in MDR 1949 S. 395 sowie Gedächtnisschrift S. 378ff.
4. Vor allem nicht diejenigen, in denen es an einer Subordination fehlt, wie es der Fall ist, wenn an einem Rechtsverhältnis nur Hoheitsträger beteiligt sind, oder wenn sich Hoheitsträger und Einzelner ausnahmsweise des Gestaltungsmittels des öffentlich-rechtlichen Vertrages bedienen. Dies wird auch immer wieder gegen diese Theorie vorgebracht, vgl. Jacobi S. 380; Merkl S. 83; Nawiasky, Allg. Rechtslehre S. 278; v. Turegg S. 35. Diese Einwände sind jedoch nur stichhaltig, wenn man die Subordination als das entscheidende Kriterium des öffentlichen Rechts schlechthin ansieht und vom öffentlichen Recht als von "Subordinationsrecht" spricht, wie dies Forsthoff S. 98 tut.

da aber andererseits die **Mehrzahl** aller öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse gekennzeichnet ist durch die Überordnung des Hoheitsträgers über den Gewaltunterworfenen, wird man behaupten können, dass die Subjektionstheorie doch einen sehr wesentlichen Teilbereich des öffentlichen Rechts erfasst und insofern kann man den Wert dieser Theorie nicht anzweifeln(1). Sie geht als Unterart der Subjektstheorie von der richtigen Grundlage aus, dass nämlich das öffentliche Recht gekennzeichnet ist durch das Wirken der hoheitlichen Gewalt und erweist auch ihre praktische Brauchbarkeit dadurch, dass sie sagt, das Wirken hoheitlicher Gewalt erkenne man daran, dass ein Hoheitsträger rechtlich übergeordnet dem anderen am Rechtsverhältnis beteiligten Rechtssubjekt gegenübertritt, was durch die zur Anwendung gebrachten typischen Gestaltungsmittel zum Ausdruck kommt.

Da auch die von uns zu behandelnden Ansprüche - wie noch zu zeigen sein wird - in den von der Subjektionstheorie erfassten Teilbereich des öffentlichen Rechts hineinfallen, können wir uns mit der Bejahung dieser Theorie(2) begnügen und müssen darauf verzichten, uns noch weiter mit der hier angeschnittenen Frage der Abgrenzung des öffentlichen Rechts zu befassen, zumal zweifelhaft sein kann, inwieweit sich eine solche Abgrenzung über den durch die Subjektionstheorie erfassten Teilbereich hinaus mit dem Anspruch auf Allgemeingültigkeit vornehmen lässt(3).

5. Das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts.

Haben wir in Vorstehendem die einzelnen Begriffsmerkmale des subjektiven öffentlichen Rechts näher untersucht, so können wir nunmehr die Frage nach dem Wesen desselben stellen.

-
1. Ebenso Forsthoff S.99; Molitor S.48.
 2. Der Subjektionstheorie ist auch das Interessenmoment immanent, denn ein Hoheitsträger in seiner Eigenschaft als solcher wird an einem Rechtsverhältnis nur dann beteiligt sein, wenn das Gesamtinteresse massgeblich hierfür ist.
 3. Zweifelnd ebenfalls Molitor S.48 sowie v. Turegg S.36.

Wir gelangen dabei zu dem Ergebnis, dass das subjektive öffentliche Recht in seinem begrifflichen Wesensinhalt dem privaten subjektiven Recht gleicht. Es weist gegenüber dem subjektiven Recht an sich keine grundsätzlichen strukturellen Unterschiede auf(1). Allein in seiner Stellung im öffentlichen Recht ist seine Besonderheit begründet, was bedeutet, dass es nach der von uns als richtig erkannten Subjektionstheorie immer gegen einen Hoheitsträger als rechtlich übergeordnetes Machtsubjekt gerichtet ist. Freilich ist damit, wenn man als öffentliches Recht die Gesamtheit der Rechtsverhältnisse ansieht, an denen die öffentliche Gewalt beteiligt ist, und wenn man, gerade wegen dieses Wirkens hoheitlicher Gewalt, daraus den Schluss zieht, dass diese Rechtsverhältnisse wesentlich im öffentlichen Interesse geregelt sind, zugleich gesagt, dass die subjektiven öffentlichen Rechte eine weitgehende Bezogenheit auf das Gesamtinteresse aufweisen, allein diese Bezogenheit ist kein Wesensmerkmal des subjektiven öffentlichen Rechts, sondern nur ein Unterscheidungsmerkmal gegenüber der Gesamtheit der subjektiven Rechte überhaupt.

Dem subjektiven öffentlichen Recht nicht wesentlich sind seine Entstehungsursachen. Die Frage nach dem Wesen und dem Begriff desselben soll nur zu einer Antwort darauf führen, was wir unter einem solchen Recht zu verstehen haben, nicht aber auch darauf, wie es zur Entstehung gelangt(2).

Desgleichen gehört die Klagbarkeit nicht zum Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts(3). Dies wird man den Bestimmungen in den Verwaltungsgerichtsgesetzen und in Art. 19 Abs. 4 GG entnehmen müssen, die ja gerade das Vorliegen eines subjektiven öffentlichen Rechtes zur Voraussetzung der Klagemög-

-
1. So auch Bachof, Vornamneklage S. 65; W. Jellinek, Verw. Recht S. 201; Richter AÖR Bd. 47 S. 31; Walsmann S. 63. A. A. G. Jellinek, System S. 330; Fleiner S. 178.
 2. Ebenso Bühler S. 15; Richter AÖR Bd. 47 S. 64f.
 3. Ebenso Bachof, Gedächtnisschrift S. 299; Bühler S. 12 und Anm. 22; Forsthoff S. 168; Huber I S. 686; Richter AÖR Bd. 47 S. 30; v. Turegg S. 135.
Zur Bejanung neigen G. Jellinek, System S. 70; W. Jellinek, Gesetz, S. 116f; v. Köhler S. 222; Nawiasky, Allg. Rechtslehre S. 159.

lichkeit machen. Hierauf haben insbesondere Bachof und Huber⁽¹⁾ hingewiesen und betont, dass die Klagemöglichkeit kennzeichnendes Merkmal des subjektiven öffentlichen Rechts nur nach dem Enumerationsprinzip sein kann. Unter der Herrschaft der Generalklausel ist dies nicht der Fall, da man sonst unweigerlich zu einem Zirkelschluss gelangen würde.

Unter Berücksichtigung all dessen können wir nunmehr das subjektive öffentliche Recht definieren als diejenige Rechtsmacht, die dem einzelnen innerhalb eines öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnisses zur Wahrung seiner Interessen gegenüber dem Staat oder einem sonstigen Honeitsträger eingeräumt ist⁽²⁾.

Auf eine Darlegung der Arten der subjektiven öffentlichen Rechte müssen wir hier verzichten, da wir es, von unserem Thema ausgehend nur mit einer Art dieser Rechte zu tun haben, nämlich mit denjenigen, die dem einzelnen einen Anspruch auf ein bestimmtes Tun, eine bestimmte Leistung eines Honeitsträgers gewähren⁽³⁾.

Desgleichen können wir darauf verzichten, eine Abgrenzung des subjektiven öffentlichen Rechts gegenüber verwandten Begriffen, insbesondere gegenüber dem Reflexrecht oder Reflex objektiven Rechts vorzunehmen. Überhaupt erscheint es fraglich, inwieweit die Aufrechterhaltung der Unterscheidung zwischen subjektiv-öffentlichem Recht und Reflexrecht noch sinnvoll ist. Einer verbreiteten Ansicht entsprechend⁽⁴⁾ sollen unter Rechten im Sinne der Verwaltungsgerichtsgesetze und des Art. 19 Abs. 4 GG nicht nur Rechte im technischen Sinn zu verstehen sein, sondern auch Reflexrechte, "denn solche geschützten Interessen bzw. gewollten Begünstigungen sind heute von Verfassungswegen subjektive Rechte"⁽⁵⁾. Mit der Klage-

1. Vgl. Bachof, Gedachtnisschrift S. 299; Huber I S. 686.
2. Vgl. die ausführlichen Übersichten über die Definitionen des subj. öff. Rechts bei Forsthoff S. 107 Anm. 1 und Huber I S. 681 cc.
3. Über die möglichen Einteilungsarten der subj. öff. Rechte vgl. Bachof, Gedachtnisschrift S. 293; Fleiner S. 177; Huber I S. 689; G. Jellinek, System S. 81 ff.; W. Jellinek, Verw. Recht S. 206; v. Köhler S. 218 ff.; O. Mayer I S. 107 ff.; Peters S. 147 ff.
4. Vertreten z. B. von Bachof, Gedachtnisschrift S. 301. Vgl. auch die weiteren Nachweise bei Huber I S. 686 Anm. 15.
5. Vgl. Bachof aaO.

möglichkeit auch in Bezug auf die blossen Reflexrechte würde aber der eigentliche Grund für die fragliche Unterscheidung wegfallen(1).

6. Die Theorie G.Jellineks über das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts.

Nachdem wir mit vorstehenden Ausführungen unsere eigene Auffassung über das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts dargelegt haben, muss nun noch in einem besonderen Abschnitt auf die Theorie G.Jellineks eingegangen werden, zumal sich daraus weitreichende Konsequenzen in Bezug auf die Verzichtbarkeit der subjektiven öffentlichen Rechte ergeben.

Jellinek, der sich in seinem System besonders eingehend mit den subjektiven öffentlichen Rechten befasst hat, entwickelt folgende Auffassung(2):

Er geht aus von den beiden Elementen im subjektiven Recht, nämlich der Willensmacht als dem formalen und dem Gut oder Interesse als dem materiellen Element und stellt die Frage, ob der Unterschied des subjektiven öffentlichen Rechts vom subjektiven Privatrecht im formalen oder materiellen Element oder in beiden zu suchen ist.

Er unterscheidet dann zwischen rechtlichem Dürfen und rechtlichem Können. Unter rechtlichem Dürfen versteht Jellinek die Gesamtheit derjenigen rechtlich relevanten Handlungen(3), die bereits auf Grund der natürlichen Handlungsfähigkeit des Individuums vorgenommen werden können und die von der Rechtsordnung nur gestattet sind. Anders beim rechtlichen Können. Hier handelt es sich um eine von der Rechtsordnung vorgenommene Erweiterung der natürlichen Handlungsfähigkeit, d.h. der einzelne kann nunmehr Handlungen vornehmen, die nicht schon auf Grund der natürlichen Handlungsfähigkeit möglich sind. Beim rechtlichen Dürfen wird von der Rechtsordnung nur etwas anerkannt, erlaubt, beim rechtlichen Können hingegen

1. Diese vorgenannte Auffassung lehnen ab z.B. Huber I S. 686 c; v. Turegg S. 144f.
2. Vgl. System S. 45ff.
3. Als solche kommen nur diejenigen Handlungen in Betracht, die Beziehungen von Menschen untereinander aufweisen, denn,

wird von der Rechtsordnung erst etwas gewährt.

Das Verhältnis von Dürfen und Können ist folgendes:

Jedes Dürfen hat notwendig ein Können zur Voraussetzung, denn nur soweit ist die natürliche Handlungsfähigkeit des Individuums anerkannt, als die Rechtsordnung die Mittel zur Verfügung stellt, sie zu verwirklichen. Jede Erlaubnis, die natürliche Freiheit in Beziehung zueinander zu betätigen, erfordert, dass der Staat diese Freiheit innerhalb der Grenzen des Erlaubten anerkennt und schützt. Dürfen ohne Können hat deswegen keinen Sinne, weil damit eine Handlung rein formal für rechtlich relevant erklärt wird, ohne dass jedoch die Möglichkeit besteht, sie zu realisieren. Andererseits ist ein Können ohne ein Dürfen durchaus möglich. Letzteres liegt in allen denjenigen Fällen vor, in denen die Rechtsordnung nur gewährt, d. h. eine neue Handlungsmöglichkeit schafft, ohne zu erlauben, also ohne die an sich bestehende natürliche Handlungsfähigkeit in irgendeiner Richtung hin anzuerkennen. Eine Vereinigung von Dürfen und Können liegt stets bei den subjektiven Privatrechten vor. Privatrecht regelt immer Beziehungen von Einzelpersonen untereinander, daher enthält ein subjektives Privatrecht immer ein Dürfen und ein Können. Anders das subjektive öffentliche Recht. Dieses besteht lediglich in der Beziehung des Individuums zu einem Hoheitsträger, so dass in ihnen nichts enthalten ist, was unmittelbar ein Verhältnis zu anderen subjizierten Personen hervorrufen kann. Die subjektiven öffentlichen Rechte haben daher ausschliesslich ein Können zum Inhalt. Da das rechtliche Können, welches identisch mit der Rechtsfähigkeit ist, in seiner Gesamtheit die Persönlichkeit darstellt, beruht alles subjektive öffentliche Recht des Subjizierten auf Qualifikationen der Persönlichkeit. Seiner formellen Seite nach besteht das subjektive öffentliche Recht in Ansprüchen, welche sich aus konkreten Qualifikationen der Persönlichkeit ergeben. Das materielle Kriterium des subjektiven öffentlichen Rechts ist nach Jellinek zu suchen in den Motiven, welche die Rechtsordnung zur Anerkennung des Individualinteresses

da das Recht nur derartige Beziehungen regelt, kümmert es sich nicht um Handlungen streng individueller Art.

bewogen haben, nicht in der Natur des Interesses, den individuellen Recht muss individuelles Interesse zum Gegenstand haben. Für das subjektive öffentliche Recht ist massgebend ein Interesse, das dem einzelnen überwiegend im Gemeininteresse wegen seiner Eigenschaft als Glied des Gemeinwesens gewährt wird. Daher ist das subjektive öffentliche Recht seiner materiellen Seite nach ein solches, das dem einzelnen wegen seiner gliedlichen Stellung im Staate zusteht.

Gegen diese Auffassung Jellineks über das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts sind schon früh schwerwiegende Bedenken erhoben worden. Besonders Tezner hat sie in seiner eingehenden Besprechung des Jellinekschen Werkes formuliert⁽¹⁾. Sie gipfeln darin, dass der Gegensatz zwischen Dürfen und Können nicht als entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung der subjektiven öffentlichen Rechte gegenüber den privaten angesehen werden kann.

Wir glauben uns dieser Kritik anschliessen zu müssen und zwar aus folgenden Gründen:

Zunächst, es ist Jellinek beizupflichten, wenn er zwischen rechtlichem "Dürfen" und rechtlichem "Können" unterscheidet. Ein solcher Gegensatz ist tatsächlich vorhanden. Jellinek hat auch zutreffend darauf hingewiesen, dass man den eigentümlichen Charakter des Dürfens und des Könnens am besten daran erkennen könne, dass man die Wirkungen betrachtet, welche die Handlungen, die entgegen einem Nichtdürfen bzw. einem Nichtkönnen vorgenommen werden, auslösen. Handelt jemand, obwohl er es nicht darf, so ist diese Handlung keinesfalls unmöglich, sie ist vielmehr rechtswidrig, löst also durchaus konkrete Rechtsfolgen aus. Ganz anders ist die Situation, wenn jemand handelt, obwohl er es rechtlich nicht kann. Diese Handlung ist nicht etwa verboten, sie löst aber keinerlei Rechtsfolgen aus. Man kann nicht sagen, der Geschäftsunfähige darf keinen Vertrag abschliessen, sondern er kann es einfach nicht⁽²⁾. Alles was er im rechtsgeschäftlichen Bereich dennoch tut, fällt

1. Vgl. Grünhuts Zeitschrift Bd. 21 S. 107ff; siehe im übrigen auch Fischer, Verzicht S. 23f; Meyer-Anschütz I S. 38 Anm. 6; Richter AöR Bd. 47 S. 53ff; Walsmann S. 55.

2. Vgl. Jellinek System S. 46f.

der Nichtigkeit anheim. Was also die Unterscheidung zwischen Dürfen und Können betrifft, so muss man Jellinek durchaus folgen.

Es können jedoch die Konsequenzen, die er aus dieser Unterscheidung in Bezug auf das subjektive öffentliche Recht zieht, nicht gebilligt werden. Dagegen sprechen insbesondere 2 Gesichtspunkte:

Zunächst kann nicht angenommen werden - und dies tut Jellinek für das rechtliche Können -, dass die Rechtsordnung in der Lage ist, die natürliche Handlungsfähigkeit des Individuums zu erweitern in der Weise, dass dieses jetzt mehr Handlungen im psychisch - physischen Sinne vornehmen kann, als es ohne die Rechtsordnung der Fall wäre. Alles, was rechtlich irgendwie bedeutsam werden soll, und dies gilt insbesondere für alle menschlichen Betätigungsformen, muss zunächst einmal von Natur aus möglich sein. Die Rechtsordnung hat nur die Möglichkeit, einzelne Erscheinungsformen dieser natürlichen Handlungsfähigkeit anzuerkennen und sie damit rechtlich relevant zu machen. Dies aber geschieht bei den Handlungen des Dürfens in gleicher Weise wie bei den Handlungen des Könnens, denn, indem die Rechtsordnung eine Handlung anerkennt, sie also zu einer gedurften im Sinne Jellineks macht, fügt sie der natürlichen Handlungsfähigkeit etwas hinzu, nämlich die rechtliche Charakterisierung, was somit gerade dem Tatbestand entspricht, den Jellinek dem rechtlichen Können zugrunde legt(1).

Indessen selbst wenn man mit Jellinek davon ausgeht, dass tatsächlich nur beim rechtlichen Können der natürlichen Handlungsfähigkeit des Individuums etwas hinzugefügt ist, was es von Natur aus nicht hat, so ergibt sich hieraus noch nichts in Bezug auf das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts, denn genau so, wie es im Bereich des öffentlichen Rechts Rechte des Dürfens gibt, so gibt es im Bereich des privaten Rechts Rechte des Könnens. Zutreffend führt Tezner(2) als Recht des Dürfens im öffentlichen Recht die Versammlungsfreiheit an, denn die Fähigkeit, Versammlungen zu bilden, ist etwas, was

1. Im Ergebnis ebenso Fischer, Verzicht S. 24; Richter AöR Bd. 47 S. 54f.

2. Vgl. Grünhuts Zeitschrift Bd. 21 S. 110.

schon auf Grund der natürlichen Handlungsfähigkeit möglich ist und nur vom Staate anerkannt wird. Dieses Dürfen besteht aber nicht gegenüber den Mitmenschen, sondern in erster Linie gegenüber dem Staat, ist also ein Dürfen im öffentlichen Recht. Andererseits wird man sagen können, dass beispielsweise alle Rechte, die sich aus der Beziehung eines einzelnen zu einer juristischen Person des Privatrechts ergeben, wie etwa die Mitgliedschaftsrechte etc., Rechte des Könnens sind, denn sie ergeben sich nicht schon aus der Anerkennung einer auf Grund der natürlichen Freiheit möglichen Handlung, sondern, da die juristische Person erst durch die Rechtsordnung geschaffen wird, erst durch besondere Gewährung. Es ist, da es sich um eine Beziehung von Privatrechtssubjekten untereinander handelt, ein Können im Bereich des Privatrechts(1).

Aus alledem zeigt sich einmal, dass ein Unterschied zwischen Dürfen und Können in dem von Jellinek angenommenen Sinne - nämlich einer Erweiterung der natürlichen Handlungsfähigkeit nur beim rechtlichen Können, nicht besteht, zum anderen, dass Können und Dürfen Beziehungen sind, die sowohl zwischen dem Staat und einzelnen, als auch zwischen einzelnen untereinander möglich sind. Damit steht jedoch auch fest, dass die These, gedurft werde nur dem Nebengeordneten, gekonnt nur dem Staate gegenüber(2) nicht haltbar ist, weswegen auch der Auffassung Jellineks über das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts nicht gefolgt werden kann(3).

II. Subjektives öffentliches Recht und Einzelbefugnis.

Nachdem wir nunmehr Begriff und Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts klargestellt haben, wollen wir uns im folgenden einem weiteren Begriff zuwenden, nämlich der Einzelbefugnis. Die Notwendigkeit der Erörterung desselben folgt daraus,

1. Vgl. auch Fischer, Verzicht S. 24; Walsmann S. 55.

2. So Jellinek, System S. 49.

3. Auf die Konsequenzen, die sich aus der Jellinekschen Auffassung bzgl. des Verzichtes auf subjektive öffentliche Rechte ergeben, wird noch einzugehen sein.

dass sich ein subjektives Recht nicht immer in der Hervorbringung einer einzelnen Befugnis erschöpft - in welchen Fällen Recht und Einzelbefugnis zusammenfallen -, sondern dass häufig, und dies gilt besonders für die Ansprüche aus der Sozialversicherung, eine Befugnis nur die Einzelwirkung eines einheitlichen Rechtes, eines einheitlichen Machtbegriffes darstellt(1). Da wir es in unserer Arbeit mit den Rechten auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe zu tun haben, also gerade mit solchen, die in aller Regel eine ganze Anzahl von ständig wiederkehrenden, sich wiederholenden Einzelbefugnissen in sich schliessen, gilt es die Begriffe Recht und Einzelbefugnis gegeneinander abzugrenzen, zumal bei der späteren Erörterung der Verzichtbarkeit der im Thema genannten Rechte diese Unterscheidung Bedeutung erlangen wird.

Im Schrifttum wird die aus dem Recht fliessende Einzelbefugnis häufig als "Anspruch" bezeichnet. So sagt z.B. G.Jellinek(2), dass, soweit das subjektive Recht in der Beziehung von Person zu Person besteht, die Möglichkeit einer a priori in der Regel inhaltlich nicht bestimmbaren Zahl von Forderungen und Erlaubnissen das innere Wesen der rechtlich anerkannten Willensmacht sei. Eine konkrete, aus dem subjektiven Recht gegen eine bestimmte Person gerichtete aktuelle Forderung sei aber ein Anspruch. Dieser sei gegenüber dem abstrakt potentiellen Recht stets konkret aktuell.

Wir halten diese Unterscheidung der Sache nach für durchaus zutreffend, können aber der Terminologie, soweit sie die Einzelbefugnis als Anspruch bezeichnet, nicht zustimmen, und zwar schon deswegen nicht, weil der Begriff des Anspruches im öffentlichen Recht durchaus verschieden gebraucht wird. So wird - ausser der eben geschilderten Auffassung - unter Anspruch in Anlehnung an den entsprechenden privatrechtlichen Begriff das Recht verstanden, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, womit man nur eine Art der subjektiven öffentlichen Rechte bezeichnen

1. Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, 1. Halbb. S. 276.

2. System S. 54f. Vgl. auch Richter AÖR Bd. 47 S. 37 sowie Schoenborn S. 72.

möchte(1), zum Teil aber wird von Anspruch im Zusammenhang mit der Unterscheidung von subjektiv öffentlichem Recht und Reflexrecht im Sinne eines allgemeinen oder Gesetzesvollziehungsanspruches gesprochen, der den einzelnen Bürger gegenüber der Behörde berechtige, von ihr die Vollziehung des zu seinen Gunsten erlassenen Gesetzes zu fordern(2). Weil der Begriff des Anspruches im öffentlichen Recht so uneinheitlich gebraucht wird, des weiteren auch deswegen, weil wir glauben, dass man diesen Begriff zur Kennzeichnung einer bestimmten Art subjektiver öffentlicher Rechte braucht(3) und schliesslich, weil für den Anspruch durchaus nicht die Unbedingtheit und Fälligkeit begriffsnotwendig ist, möchten wir die aus dem Recht fliessende Einzelbefugnis auch als solche bezeichnen.

Während also, wie Jellinek zutreffend ausführt, das Recht potentiell ist, d.h. erst die Möglichkeit der Geltendmachung von Einzelbefugnissen in sich schliesst, ist die Einzelbefugnis demgegenüber aktuell, d.h. unbedingt und fällig, und kann unmittelbar verwirklicht werden. Die Einzelbefugnis ist nur Ausflussrecht des subjektiven Rechts, nur Funktion desselben. Sie gewährt dem Berechtigten demnach auch nichts, was ihm nicht schon auf Grund des Rechtes selbst zustehen würde. Die Einzelbefugnis kann immer nur gestützt auf das Recht geltend gemacht werden aus dem sie fliesst.

Wir können demnach die Einzelbefugnis definieren als die aus einem subjektiven öffentlichen Recht entspringende, gegen einen Hoheitsträger gerichtete, unbedingte, fällige öffentlich-rechtliche Forderung.

III. Subjektives öffentliches Recht und Status.

Häufig wird in Verbindung mit dem subjektiven öffentlichen Recht von dem sogenannten Rechtszustand oder Status gesprochen. Um die Zusammenhänge zu klären, wollen wir auch

1. So Bachof, Gedächtnisschrift S. 293; Bühler S. 226; Huber I S. 689; v. Turegg S. 139.

2. So Fleiner S. 172.

3. So zutreffend die in Anm. 1 angeführten Autoren.

diesen Begriff einer kurzen Betrachtung unterziehen⁽¹⁾.

Wir verstehen ihn folgendermassen:

Wie wir weiter oben dargelegt haben, ist jedes subjektive öffentliche Recht eine Rechts- oder Willensmacht, die dem Individuum oder einem sonstigen Rechtssubjekt im Verhältnis zu einem Hoheitsträger eingeräumt ist. Diese Willensmacht wird dem Individuum jedoch nicht ohne weiteres gewährt. Voraussetzung ist vielmehr immer, dass es in einer gewissen Beziehung, sei es persönlicher oder räumlicher Art, zu dem betreffenden Hoheitsträger, als welcher in aller Regel der Staat, die Gemeinde oder sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts in Betracht kommen, steht. Die räumliche Beziehung wird dadurch begründet, dass sich jemand in den Hoheitsbereich einer der genannten juristischen Personen des öffentlichen Rechts begibt⁽²⁾, und zwar ohne Rücksicht auf das Bestehen einer persönlichen Beziehung. Letztere hingegen wird begründet durch den Erwerb der Staatsangehörigkeit, den Erwerb der Eigenschaft als Gemeindebürger, oder, um einen völlig anderen, aber nicht minder wichtigen Bereich zu nennen, durch den Erwerb der Versicherteneigenschaft bei dem jeweiligen Versicherungsträger auf dem Gebiete der Sozialversicherung.

Diese genannten Beziehungen erzeugen jedoch noch nicht unmittelbar Rechte und Pflichten gegen den jeweiligen Hoheitsträger. Sie sind vielmehr zunächst nur formeller Art und besagen lediglich etwas über die rechtliche Stellung des einzelnen zu demselben. Eine derartige Beziehung, die begründet wird, sobald ein Individuum persönlich oder räumlich in den Hoheitsbereich eines Trägers öffentlicher Gewalt gelangt, können wir als Status, als formelles öffentliches Rechtsverhältnis bezeichnen. Liegt aber ein solches vor, dann können daraus beim Hinzutreten weiterer Voraussetzungen einzelne Rechte und Pflichten erwachsen, so etwa

1. Vgl. hierüber insbes. G. Jellinek, System S. 81ff; derselbe Allg. Staatsl. S. 418; Bachof, Vornahmeklage S. 67; Bühler S. 251; W. Jellinek, Verw. Recht S. 192; v. Köhler S. 204; v. Turegg S. 144.
2. Dies kommt nur in Frage bei den sogenannten Gebietskörperschaften.

die Ansprüche auf Leistungen aus der Sozialversicherung, die Ansprüche auf Fürsorgeunterstützung etc.

Wir können daher mit W.Jellinek sagen: "Rechtszustand ist die Möglichkeit künftiger Rechtsverhältnisse bezogen auf ein Rechtssubjekt, daher eine Eigenschaft des Rechtssubjektes, oder, um einen Ausdruck des klassischen Rechtes zu gebrauchen, ein Status von ihm." (1), oder wie von Köhler sich ausdrückt: "Öffentliche Rechte und Pflichten werden durch den Rechtszustand für das Rechtssubjekt ermöglicht, im verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnis verwirklicht. In ihm gewinnen sie erst ihre eigentliche Bedeutung." (2).

Kehren wir nunmehr wieder zu der eingangs gestellten Frage nach dem Zusammenhang von Status und subjektivem öffentlichem Recht zurück, so können wir sagen, dass der jeweilige Status Voraussetzung ist für die Entstehung subjektiver öffentlicher Rechte und zugleich massgebend für die Art der zur Entstehung gelangenden Rechte, im übrigen aber lässt sich dem Statusbegriff für das subjektive öffentliche Recht nichts entnehmen. Wir können daher diesen Begriff bei der weiteren Betrachtung unberücksichtigt lassen (3).

1. Vgl. Verw. Recht S. 192.

2. Vgl. v. Köhler S. 204. Ähnlich spricht auch Bachof, Vornahmeklage S. 67, von dem Status als dem Vorstadium der Rechte. Bühler, S. 251, sagt: "Auch die Staatsangehörigkeit, die Gemeindeangehörigkeit und dgl. Statusverhältnisse sind zunächst nur Qualifikationen, nicht Rechte, sie sind aber Voraussetzungen dafür, dass für denjenigen, dem sie zukommen, unter gewissen weiteren Umständen subjektive Rechte verschiedener Art entstehen."

So betrachtet können wir auch die Versicherteneigenschaft in der Arbeitslosenversicherung und in den übrigen Bereichen der Sozialversicherung als Status bezeichnen. Sie umschreibt lediglich die rechtliche Stellung des Versicherten zu dem jeweiligen Versicherungsträger, ohne jedoch unmittelbar Rechte zur Entstehung zu bringen. Erst beim Hinzutreten weiterer Voraussetzungen entstehen konkrete Rechte auf bestimmte Leistungen.

3. Es wird daher auch nicht auf den Status als mögliches Verzihtsobjekt einzugehen sein. Die Wirksamkeit eines Verzihtes auf den Status verneinen W. Jellinek, Verw. R. S. 192; v. Köhler S. 241; Walsmann S. 55.

C. Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe als subjektive öffentliche Rechte.

I. Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe als Ansprüche aus einem Subordinationsverhältnis.

Bevor wir uns der Verzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte zuwenden, bleibt nur noch zu prüfen, inwieweit man die gewonnenen Ergebnisse über Begriff und Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts auf das Arbeitslosengeld und die Arbeitslosenhilfe anwenden kann.

Wir hatten als subjektives öffentliches Recht diejenige Rechtsmacht angesehen, die dem einzelnen innerhalb eines öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnisses zur Wahrung seiner Interessen gegenüber dem Staat oder einem sonstigen Hoheitsträger eingeräumt ist. Es kann nun nicht zweifelhaft sein, dass dem einzelnen Arbeitslosen sowohl hinsichtlich des Arbeitslosengeldes als auch hinsichtlich der Arbeitslosenhilfe Rechtsmacht, also jeweils ein subjektives Recht eingeräumt ist. Dies ist angesichts der im Gesetz gebrauchten Terminologie - sowohl in § 74 Abs. 1 als auch in § 145 Abs. 1 AVAVG ist von Ansprüchen die Rede - ganz eindeutig.

Um sagen zu können, dass es sich bei diesen Ansprüchen um subjektive öffentliche Rechte handelt, bedarf es also nur noch der Feststellung, ob dieselben aus einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis, aus einem Subordinationsverhältnis erwachsen.

Ein Subordinationsverhältnis ist, wie wir bereits gesehen haben, immer dann gegeben, wenn in einem Rechtsverhältnis ein Träger hoheitlicher Gewalt in seiner Eigenschaft als solcher einem Nichthoheitsträger gegenübertritt, was insbesondere daran erkennbar ist, dass ersterer sich zur Regelung des Rechtsverhältnisses des typischen Gestaltungsmittels des öffentlichen Rechts, nämlich des Verwaltungsaktes bedient.

Sind also diese Voraussetzungen im Verhältnis des einzelnen Arbeitslosen zur Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung gegeben(1)?

1. Obwohl der einzelne Arbeitslose in unmittelbarem Kontakt mit dem Arbeitsamt tritt, besteht die Rechtsbeziehung

Bei der Untersuchung dieser Frage ist von dem Träger der Arbeitslosenversicherung, nämlich der Bundesanstalt, auszugehen, der auch die Durchführung der Arbeitslosenhilfe obliegt(1). Zur Innehabung hoheitlicher Gewalt gehört grundsätzlich die Eigenschaft des mit ihr ausgestatteten Rechtssubjektes als einer juristischen Person des öffentlichen Rechts. Dies trifft bei der Bundesanstalt zu. Sie ist nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift(2) eine Körperschaft des öffentlichen Rechts und zwar eine bundesunmittelbare, da sich ihr Zuständigkeitsbereich über das Gebiet eines Landes hinaus erstreckt(3). Es braucht dabei nicht darauf eingegangen zu werden, ob die vom Gesetz vorgenommene Bezeichnung der Bundesanstalt als einer Körperschaft des öffentlichen Rechts(4) tatsächlich zutrifft(5), ob sie nicht vielmehr, wie schon ihr Name besagt, als eine Anstalt des öffentlichen Rechts anzusehen ist(6), oder ob sie etwa als eine Mischform zwischen Anstalt und Körperschaft des öffentlichen Rechts zu gelten hat(7). Entscheidend ist

doch zwischen ihm und der Bundesanstalt, da die Arbeitsämter nur Glieder der Bundesanstalt sind und keine eigene Rechtspersönlichkeit haben, vgl. Krebs, Anm. 3 zu § 2 S. 91; Kuck in AA 1954 S. 333; Henkelmann, Anm. b zu § 2 S. 36; Schnorr v. Carolsfeld, Anm. b B S. 87; Wilrodt in AA 1952 S. 88.

1. Vgl. § 1 AVAVG.
2. Vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 AVAVG.
3. Vgl. Art. 87 Abs. 2 GG.
4. Charakteristisch hierfür ist die verbandsmässige Organisation auf der Basis der Mitgliedschaft, vgl. W. Jellinek, Verw. Recht S. 184f; Forsthoff S. 404ff.
5. Auf diesen Widerspruch in der gesetzlichen Terminologie, die die Bundesanstalt als eine Körperschaft bezeichnet, haben hingewiesen Draeger in AA 1952 S. 1 sowie Krüger in ÖV 1951 S. 263ff.
6. Die Anstalt des öffentlichen Rechts ist nicht verbandsmässig organisiert und verfügt nicht über einen abgegrenzten, festbestimmten Mitgliederbestand, vgl. W. Jellinek, Verw. R. S. 178f; Forsthoff S. 411ff. Mit Rücksicht darauf wird auch fast allgemein die Anstaltseigenschaft der Bundesanstalt und zwar hinsichtlich all ihrer Aufgabengebiete bejaht, vgl. Draeger in AA 1952 S. 1 jedenfalls soweit sich die Tätigkeit erstreckt auf die Arbeitsvermittlung, Berufsberatung, Notstandsarbeiten und die Arbeitslosenhilfe. Gotzen in AA 1952 S. 85 weist darauf hin, dass die Arbeitsnehmer und Arbeitgeber auch in Bezug auf die Arbeitslosenversicherung nicht Mitglieder der Anstalt, sondern ihre Benützer sind. Vgl. im übrigen auch Krebs, Anm. 1 zu § 2 S. 91.
7. Diese Alternative behandelt Draeger in AA 1952 S. 1. Die Bundesanstalt könne, wenn überhaupt, nur in ihrer Eigenschaft als Träger der Arbeitslosenversicherung als Kör-

für uns lediglich, dass die Bundesanstalt die Eigenschaft einer juristischen Person des öffentlichen Rechts besitzt. Sie wurde geschaffen, um gewisse Aufgaben, die an sich dem Staat als dem obersten Träger der öffentlichen Gewalt obliegen, als eigene oder Auftragsangelegenheiten(1) jeweils unter staatlicher Aufsicht(2) zu erfüllen(3), also öffentliche Verwaltung zu führen. Die Bundesanstalt ist somit Träger öffentlicher Gewalt(4), zwar kein Teil der Bundesverwaltung(5), sondern eine eigene Verwaltung, ein sogenannter Selbstverwaltungskörper.

Als Träger öffentlicher Gewalt erscheint die Bundesanstalt auch bei der Durchführung der Arbeitslosenversicherung und der Arbeitslosenhilfe. Um die einem Arbeitslosen gemäss §§ 74 Abs. 1, 145 Abs. 1 AVAVG zustehenden Ansprüche auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe realisieren zu können, bedarf es zunächst eines Bewilligungsbescheides des zuständigen Arbeitsamtes(6), der einen Verwaltungsakt darstellt, also eine kraft öffentlicher Gewalt ergehende einseitige hoheitliche Massnahme einer Dienststelle der Bundesanstalt gegenüber einer bestimmten Person zur Gestaltung eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses für den Einzelfall(7).

Aus allem folgt, dass das Rechtsverhältnis zwischen der Bundesanstalt und dem einzelnen anspruchsberechtigten Arbeitslosen alle Merkmale eines öffentlich-rechtlichen, eines Subordinationsverhältnisses aufweist.

perschaft des öffentlichen Rechts angesehen werden. Es sei jedoch zweifelhaft, ob eine juristische Person des öffentlichen Rechts mit doppelter Rechtsnatur möglich und nach dem Grundgesetz zulässig sei. Draeger lässt deswegen auch die Frage offen, ob man der Bundesanstalt eine Mischform zusprechen kann.

1. Ersteres hinsichtlich der Arbeitslosenversicherung, letzteres hinsichtlich der Arbeitslosenhilfe.
2. Vgl. § 34 Abs. 1 AVAVG.
3. Die Tätigkeit der Bundesanstalt ist also "mittelbare oder abgespaltene Staatstätigkeit", vgl. Draeger in AA 1952 S. 1; Gotzen in AA 1952 S. 85; Lücking in AA 1955 S. 179.
4. Vgl. Erlass der Bundesanst. Nr. 233/50 DBI. A Nr. 7 S. 7.
5. Vgl. für die frühere Reichsanstalt Fischer, Anm. 8 zu § 1 S. 93; Weigert, Anm. I zu § 1 S. 96.
6. Vgl. § 177 AVAVG.
7. Vgl. Donnerhack in SG 1954 S. 6; Erlass der Bundesanst. Nr. 233/50 DBI. A Nr. 4 S. 6. Aber auch abgesehen von diesen Fällen der Festsetzung der Unterstützung erfolgt die

Die öffentlich-rechtliche Natur des genannten Rechtsverhältnisses ergibt sich im übrigen auch daraus, dass es sich dabei um ein Zwangsverhältnis handelt, insofern nämlich, als es bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen kraft Gesetzes entsteht, ohne dass es auf einen auf die Begründung dieses Rechtsverhältnisses gerichteten Willen des Arbeitslosen oder der Bundesanstalt ankäme(1). Es sind daher auch die aus diesem Zwangsverhältnis entspringenden Ansprüche auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe öffentlich-rechtliche Ansprüche, oder allgemein gesagt, subjektive öffentliche Rechte(2).

II. Subjektives öffentliches Recht und Einzelbefugnis beim Arbeitslosengeld und bei der Arbeitslosenhilfe.

Wir hatten dem subjektiven öffentlichen Recht im Sinne einer abstrakt - potentiellen umfassenden Berechtigung die daraus fliessende konkret - aktuelle Einzelbefugnis als Funktion derselben gegenübergestellt. Dieselbe Unterscheidung gilt es nun auch speziell in Bezug auf das Arbeitslosengeld und die Arbeitslosenhilfe zu treffen.

Wie schon mehrfach erwähnt, haben Arbeitslose Anspruch auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe, wenn die Voraussetzungen der §§ 74 Abs.1 bzw. 145 Abs.1 AVAVG vorliegen. Diese Ansprüche geben jedoch dem Arbeitslosen noch nicht unmittelbar das Recht, eine bestimmte Leistung zu fordern. Es sind vielmehr erst die Grundansprüche und es bedarf des Hinzutretens weiterer Voraussetzungen, damit daraus für den Arbeitslosen ein konkretes Forderungsrecht erwächst. So ist zunächst einmal die Bewilligung nach § 177 AVAVG notwendig, sodann der Eintritt der Fälligkeit, die sich nach

Regelung des Rechtsverhältnisses zwischen der BA und dem anspruchsberechtigten Arbeitslosen durch Verwaltungsakt, wenn man etwa an die Verhängung von Sperrfristen, an die Entziehung des Arbeitslosengeldes oder an die Rückerstattung von Leistungen denkt.

1. Vgl. Krebs, Anm. B zu § 56 S. 183f; Schieckel, Anm. 2 zu § 56 S. 62; Schmeisser I, Anm. 3a zu § 69 S. 230f. Ähnlich das Rechtsverhältnis in der Rentenversicherung zur Landesversicherungsanstalt bzw. zur Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, vgl. Jantz-Zweng, Anm. I zu § 1227 S. 18; Verb. Komm. zur RVO, Anm. 5 zu § 1227 S. 4; Koch-Hartmann, Anm. A I zu § 1.
2. So Fischer, Anm. 2 zu § 86 S. 274; Spliidt-Broecker, Anm. 1

dem vom Arbeitsamt bestimmten Zahltag richtet(1).Diese allwöchentlich bis zum Wegfall der Voraussetzungen wiederkehrenden Rechte auf eine ganz bestimmte Leistung,diese konkreten Forderungsrechte oder konkreten Leistungsansprüche können wir den in den §§ 74 Abs.1 und 145 Abs.1 AVAVG genannten Ansprüchen,den Grundansprüchen oder auch den subjektiven öffentlichen Rechten als deren Ausflussrechte gegenüberstellen.

zu § 87 S.157;Weigert,Anm.V zu § 87 S.244.

1. Vgl.Krebs,Anm.2 zu § 181 S.480.

D R I T T E R U N T E R A B S C H N I T T .

Die Verzichtbarkeit subjektiver
öffentlicher Rechte unter besonderer
Berücksichtigung der Ansprüche auf
Arbeitslosengeld und Arbeitslosen-
hilfe.

A. Allgemeines.

Nachdem wir nun die Vorfragen geklärt haben, nämlich Begriff und Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts dargelegt und weiter auch festgestellt haben, dass die Ansprüche auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe subjektive öffentliche Rechte sind, können wir uns im folgenden mit der Verzichtbarkeit dieser Rechte befassen. Dabei tritt für uns insofern eine Vereinfachung dieses ganzen Problems ein, als wir uns nicht mit der Verzichtbarkeit aller nur möglichen subjektiven öffentlichen Rechte beschäftigen müssen, sondern die Erörterung, der Aufgabenstellung entsprechend, auf öffentliche Rechte vermögensrechtlicher Art beschränken können. Dies gilt insbesondere auch für die Darstellung der literarischen Bearbeitung, die das Thema der Verzichtbarkeit öffentlicher Rechte erfahren hat.

B. Die Verzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte in der Literatur.

Verschafft man sich einen Überblick über den Stand der Meinungen hinsichtlich des hier angeschnittenen Problems, so kann man erkennen, dass eine einheitliche Antwort auf die Frage der Verzichtbarkeit öffentlicher Rechte vermögensrechtlicher Art bis heute noch nicht gegeben wird.

Es sind in der Literatur im wesentlichen drei Hauptrichtungen zu erkennen. Die eine hält die subjektiven öffentlichen Rechte grundsätzlich für unverzichtbar, die andere hält sie

grundsätzlich für verzichtbar, die dritte schliesslich geht aus von der Art der jeweils in Betracht kommenden Rechte. Dabei sind die Begründungen, die die jeweiligen Vertreter jeder der drei Hauptrichtungen für ihre Auffassung vorbringen, oft sehr verschieden.

I. Die Auffassung von der grundsätzlichen Unverzichtbarkeit.

a) Ihre Vertreter sind Döhring, Fleiner, G. Jellinek, Leipfert, Maunz, Meyer-Anschütz, Schoenborn, Walsmann und Wassermann. Bei ihnen allen ist es insbesondere ein Gesichtspunkt, der zur Begründung der Unverzichtbarkeit herangezogen wird, die Tatsache nämlich, dass subjektive öffentliche Rechte nicht nur dem Individualinteresse dienen, sondern immer eine erhebliche Bezogenheit auf das Gesamtinteresse aufweisen. Dieses Gesamtinteresse aber lasse sich durch den einzelnen nicht ausschalten und gehe dem Einzelinteresse vor.

Werden die subjektiven öffentlichen Rechte aus diesem Grunde für unverzichtbar erklärt, so sind die Antworten auf die Verzichtbarkeit der aus den öffentlichen Rechten fließenden Einzelbefugnisse sehr verschieden. Diese werden, soweit hierzu überhaupt Stellung genommen wird, zum Teil für verzichtbar, zum Teil auch für unverzichtbar gehalten.

b) Unterziehen wir die einzelnen Autoren einer kurzen Betrachtung, so gewinnen wir folgendes Bild:

Fleiner⁽¹⁾ geht aus von der Stellung der subjektiven öffentlichen Rechte in der Gesamtrechtsordnung. Er sagt, man verkenne die staatsrechtliche Bedeutung aller öffentlichen Individualrechte, wenn man glaube, sie ausschliesslich in dem individuellen Interesse der Bürger verankern zu können. So sehr auch die einzelne Leistung das individuelle Interesse der einzelnen Bürger befriedigen mag, so bleibe sie doch stets Teilstück eines Gesamterfolges, der vom Gesetz im Gesamtinteresse angestrebt werde. Daraus folge, dass grundsätz-

1. Vgl. Fleiner S. 178f.

lich ein Verzicht auf öffentliche Rechte unwirksam sei(1). Dem Berechtigten stehe es nur frei, von der Ausübung seiner Rechte im einzelnen Fall abzusehen, sofern nicht sein Recht die Kehrseite einer Pflicht sei oder das Gesetz ausdrücklich auch diese Form des Verzichtes ausgeschlossen habe(2).

Wie Fleiner behandeln auch Meyer-Anschütz und Walsmann nur die Verzichtbarkeit der subjektiven öffentlichen Rechte, ohne auf die daraus fließende Einzelbefugnis einzugehen.

Meyer-Anschütz(3) wollen den Verzicht nur in den Fällen zulassen, in denen diese Möglichkeit durch Rechtssatz, sei es durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht, ausdrücklich anerkannt ist(4).

Auch Walsmann sagt(5), es sei für das öffentliche Recht das richtigere, den Verzicht auf subjektive öffentliche Rechte nur zuzulassen, wenn er vom Gesetz ausdrücklich erlaubt sei. Denn wenn die Rechtsordnung die Verhältnisse derartig normiere, dass sie dem Berechtigten nicht rein privatrechtliche Befugnisse erteile, so könne man schon deshalb zweifeln, ob hier nicht gewisse öffentliche Interessen schlummern und der freien Verzichtbarkeit entgegenstehen.

c) Mit G.Jellinek und Maunz gelangen wir zu denjenigen Autoren, die bei der Erörterung der Verzichtbarkeit subjektiver-öffentlicher Rechte zwischen diesen und den daraus fließ-

-
1. Fleiner erklärt daher auch den allgemeinen Verzicht auf Armen- und Krankenunterstützung, sowie auf Unfallentschädigung und dgl. für unwirksam, vgl. S. 179 Anm. 45.
 2. Es ist Fleiner zuzustimmen, wenn er sagt, dass der Berechtigte von der Ausübung der Rechte im Einzelfall absehen könne, denn ein Zwang, ein Recht auszuüben, besteht grundsätzlich nicht. Indessen ist die Nichtausübung eines Rechtes kein Verzicht auf dasselbe (vgl. hierüber S. 56f). Fleiner hingegen scheint diese zum mindesten als eine Art des Verzichtes anzusehen, wenn er ausführt, dass von der Ausübung des Rechtes abgesehen werden könne, wenn nicht "das Gesetz ausdrücklich auch diese Form des Verzichtes ausgeschlossen hat."
 3. Vgl. Meyer-Anschütz Teil I S. 40.
 4. Als subjektives öffentliches Recht, dessen Bestand wegen der Beteiligung des Gesamtinteresses nicht von der Disposition des Rechtsinhabers abhängig sein könne, führen Meyer-Anschütz das Recht auf Krankenhilfe an, vgl. Teil I S. 40 Anm. a.
 5. Vgl. Walsmann S. 144.

senden Einzelbefugnissen scheiden.

G.Jellinek(1) stellt zunächst einmal den Grundsatz auf, dass für das subjektive öffentliche Recht als Regel die Unverzichtbarkeit gelten müsse, "weil Verhältnisse, die im Gemeininteresse geschaffen und normiert sind, dem Einzelinteresse nur aus ganz besonderen Gründen weichen dürfen." (2).

Im einzelnen unterscheidet er dann zwischen dem den Rechten zugrundeliegenden Status, der abstrakten Anspruchsmöglichkeit und den konkreten Ansprüchen. Was die Statusverhältnisse betreffe, so seien absolut unverzichtbar diejenigen, in welchen sich das Individuum dem Staat gegenüber passiv verhalten könne, d.h. die in keiner Weise die Betätigung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht in sich schlossen. Daher seien unverzichtbar die aus dem negativen und positiven Status (3) entspringenden Verhältnisse, da für den einzelnen keine wie immer gear-tete Pflicht existiere, von dem ihm durch diese gewährten Ansprüche Gebrauch zu machen. Wie also die Status sich in ver-

1. Vgl. System S. 340.

2. Obwohl G.Jellinek eine besondere Auffassung über das Wesen der subjektiven öffentlichen Rechte entwickelt hat, ist, jedenfalls ausdrücklich, nicht diese, sondern das Interessenmoment für die Unverzichtbarkeit öffentlicher Rechte massgebend. Jedoch lässt sich aus seinen Ausführungen entnehmen, dass er die subjektiven öffentlichen Rechte auch deswegen, weil sie Rechte des Könnens sind, für unverzichtbar hält, wenn er sagt (vgl. System S. 56), ein Privatrecht sei grundsätzlich trennbar von der Person seiner Trägers durch den Willen des Trägers selbst. Das Entstehen und Vergehen neuer Privatrechte mehrer und minderer die Persönlichkeit nicht. Diese sei unabhängig von der Masse des Dürfens, das sie besitze. Anders verhalte es sich mit dem Können, das das spezifische Kriterium des subjektiven öffentlichen Rechtes sei. Dieses Können sei ohne Minderung der Persönlichkeit untrennbar von ihr. Jellinek sagt nun zwar nicht direkt, dass die Aufgabe dieses Könnens nur in den gesetzlich zugelassenen Fällen möglich sei. Diese Folgerung behält er sich vielmehr für den Status vor. "An dem Individuum haftend, die Persönlichkeit in ihrem Umfang konstituierend, ist der Status nur dann verzichtbar, wenn die Rechtsordnung es ausdrücklich gestattet, so dass die Möglichkeit des Statusverzichtes selbst den Kreis rechtlichen Könnens der Person erweitert." (vgl. System S. 57). Daraus ergibt sich implicite auch die grundsätzliche Unverzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte, da die Gesamtheit des Könnens die Persönlichkeit darstelle (vgl. Syst. S. 52), diese aber nicht gemindert werden könne, ohne dass der Verzichtende dazu besonders befähigt sei.

3. Und nur letzterer interessiert in diesem Zusammenhang.

zichtbare und unverzichtbare schieden, so auch die daraus herrührenden abstrakten Anspruchsmöglichkeiten. Verzichtbar seien jedoch stets die aktuellen Ansprüche, sofern nicht ausdrücklich das Gegenteil festgesetzt sei.

Auch für Maunz ist das subjektive öffentliche Recht als Ganzes wegen des überwiegenden öffentlichen Interesses unverzichtbar(1). Bei den Einzelansprüchen unterscheidet er zwischen Rechten, die mit Pflichten verbunden sind, auf welche nicht verzichtet werden kann und solchen, die reine Rechtsansprüche sind. Diese seien im Interesse des Berechtigten geschaffen, weswegen dem Einzelnen in gewissem Umfang Verfügungsbefugnis gegeben werden sollte. Ein Verzicht in diesen Fällen entfalle nur dann, wenn ein Rechtssatz ihn ausdrücklich untersage, oder wenn der Verzicht aus dem individuellen inneren Kreise des Rechtsträgers derart in die staatliche Machtsphäre eingreife, dass er einen vom Recht missbilligten Erfolg herbeiführen würde(2).

d) Während sich die bisher angeführten Autoren zur Begründung der Unverzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte auf den Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses stützen, nehmen Döring, Leippert, Schoenborn und Wassermann die Jellineksche Unterscheidung zwischen Rechten des Dürfens und Könnens zum Ausgangspunkt ihrer Betrachtungen.

Schoenborn(3) hat der Verzichtbarkeit öffentlicher Rechte eine besonders eingehende Betrachtung gewidmet. Er sagt, wenn das subjektive öffentliche Recht sich darstelle als eine Qualifikation der Persönlichkeit, so sei es ausgeschlossen, dass diese Qualifikation lediglich durch den Willen des Berechtigten erlöschen könne, es sei denn auf Grund eines besonderen Rechtssatzes. "In einem "Können" liege wohl auch ein "Nichtkönnen" enthalten, aber nur in dem Sinne, dass der "Könnende" von seiner Fähigkeit unter Umständen Gebrauch machen kann oder nicht; niemals aber liegt u.E. in dem "Können" an

1. Vgl. Bayer. GemZ. 1927 S. 241ff.

2. Maunz bejaht die Verzichtsmöglichkeit auf einen bestimmten Einzelbetrag aus dem Unfallversicherungsrecht.

3. Vgl. Schoenborn S. 71ff.

sich auch die Fähigkeit, sich selbst der Existenz zu berauben, sich selbst als rechtliche Fähigkeit zu eliminieren."Der einzelne könne eine Qualifikation der Persönlichkeit nur dann beseitigen, wenn die Rechtsordnung ihm diese Macht besonders beilege. Das stelle dann aber ein neues Können dar, es sei eine neue rechtliche Qualifikation des Individuums. Aus allem ergebe sich die zwingende Folge, dass subjektive öffentliche Rechte des Individuums nur dort verzichtbar seien, wo die Rechtsordnung dies ausdrücklich gestatte(1).

Während Schoenborn die Jellineksche Theorie über das subjektive öffentliche Recht nur als entscheidenden Grund für die Unverzichtbarkeit der subjektiven öffentlichen Rechte anführt, stützen sich Döhring(2) und Wassermann(3) ausschliesslich darauf.

Schoenborn verneint grundsätzlich auch die Verzichtbarkeit einzelner aktueller Ansprüche(4). Zwar sei die Geltendmachung der Ansprüche regelmässig in das Belieben des einzelnen Berechtigten gestellt, und so sei es möglich, dass durch Nichtgeltendmachen des Anspruches unter Hinzutreten weiterer Momente, wie Zeitablauf etc., ein Erlöschen des Anspruches eintrete, aber dies sei kein Verzicht, weil der Anspruch nicht durch eine Willenserklärung untergehe. Da auch im aktuellen Anspruch ein Stück rechtlichen Könnens enthalten sei, setze die Aufgabe eines Anspruches wieder ein besonderes rechtliches Können der Persönlichkeit voraus.

Im wesentlichen aus den gleichen Gründen wie Schoenborn verneint auch Leippert(5) die Verzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte(6). Er ist jedoch anderer Auffassung

1. Neben diesem Hauptargument führt Schoenborn für die Unverzichtbarkeit auch das öffentliche Interesse an(vgl.S.75). Schliesslich bringt er den weiteren Gesichtspunkt, dass der einzelne durch den Verzicht auf sein Recht nicht den Staat von der dem Recht korrespondierenden Pflicht befreien könne, wenn dies nicht durch besonderen Rechtssatz zugelassen sei(vgl.S.73).
2. Vgl.Döhring S.35ff.
3. Vgl.AöR Bd.28 S.261ff.
4. Vgl.Schoenborn S.72.
5. Er hat die Verzichtbarkeit subj.öff.Rechte besonders im Hinblick auf die Rechte aus der Sozialvers. untersucht.
6. Vgl.Leippert S.86ff.Er gelangt daher auch zur Unverzichtb. des subj.öff.Rechts auf Leistungen aus der Sozialvers., vgl.S.96ff.

hinsichtlich der aktuellen Ansprüche im Sinne der Einzelbefugnis(1). Die Geltendmachung eines Anspruches sei häufig dem Berechtigten überlassen. Dies sei dann der Fall, wenn das Gesetz die Berücksichtigung des Anspruches von einer entsprechenden Anmeldung abhängig mache, den Anspruch auf einzelne Leistungen nach Ablauf einer gewissen Zeit als verwirkt erkläre, oder ihn wenigstens einer Verjährungsfrist unterwerfe. Es sei nun nicht einzusehen, warum in solchen Fällen nicht die Möglichkeit bestehen solle, einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auch einseitig, verzichtshalber aufzugeben, zumal dadurch das Recht als solches nicht berührt werde. Wie aber für den öffentlich-rechtlichen Anspruch allgemein, so müsse diese Schlussfolgerung ohne Einschränkung auch für die einzelnen Versichertenansprüche in der Sozialversicherung gelten, da diese nur eine spezielle Art der öffentlich-rechtlichen Ansprüche überhaupt darstellten(2).

II. Die Auffassung der grundsätzlichen Verzichtbarkeit.

Diese Auffassung vertreten W. Fischer, Forsthoff, Saalfeld und vor allem auch O. Mayer(3).

Auch hier werden zur Begründung der Verzichtbarkeit verschiedene Gesichtspunkte vorgetragen.

Nach O. Mayer gehört zum Wesen der abgesonderten öffentlichen Rechte die freie Verfügbarkeit derselben. Während die Mitwirkungsrechte immer noch im Bannkreis der eigenen Angelegenheiten des Staates verblieben, beherrscht von der Rücksicht auf seinen Vorteil, habe sich die dem Einzelnen durch die abgesonderten öffentlichen Rechte eingeräumte Macht über ein Stück öffentlicher Gewalt von dieser Rücksicht freigemacht und stehe, nur dem Vorteil des Berechtigten gewidmet, frei zu seiner Verfügung. Darin glichen die abgesonderten

1. Vgl. Leippert S. 90f.

2. Vgl. Leippert S. 101.

3. O. Mayer unterscheidet 3 Arten von subjektiven öffentlichen Rechten, nämlich die Freiheitsrechte, die Mitwirkungsrechte und die abgesonderten öffentlichen Rechte. Nur die letzteren interessieren uns hier.

öffentlichen Rechte einem Privatrecht(1).

Gestützt auf O.Mayer tritt auch Saalfeld für die freie Verzichtbarkeit der abgesonderten öffentlichen Rechte ein(2). Da diese Rechte von so geringem öffentlichem Interesse seien und, besonders wenn es sich um Vermögensrechte handle, ihrem Charakter nach so sehr dem Privatrecht ähnelten, spreche bei diesen Rechten eine Vermutung dafür, dass sie frei verzichtbar seien.

Besonders eingehend hat sich W.Fischer mit der Verzichtbarkeit vermögensrechtlicher Ansprüche im öffentlichen Recht befasst(3). Auch er rechnet sie zu den abgesonderten öffentlichen Rechten. Bei diesen seien so viele Fälle denkbar, in denen der einzelne an einer Verzichtmöglichkeit ein Interesse haben könne, dass man daher allgemein ihre grundsätzliche Verzichtbarkeit annehmen müsse. Allerdings dürfe dem Interesse des Berechtigten an der Verzichtbarkeit nicht ein die Verzichtbarkeit ausschliessender Grund entgegenstehen. Als ein solcher könne höchstens das bei einem öffentlich-rechtlichen Anspruch beteiligte öffentliche Interesse in Betracht kommen.

Von dieser Grundlage aus gelangt er hinsichtlich der Verzichtbarkeit von Ansprüchen aus der RVO zu folgendem Ergebnis:

Die Ansprüche aus der Reichsversicherungsordnung seien geschaffen um den wirtschaftlich Schwachen im Falle der Not Ansprüche auf Hilfeleistungen zu geben. Bei all diesen Ansprüchen sei das Interesse des Staates mit ihrer Gewährung erschöpft. Ob der Versicherte sie auch ausübe oder nicht, sei dem Staat gleichgültig. Der Versicherungspflichtige könne sich nicht der Versicherungspflicht überhaupt entziehen. Er könne auch nicht unter Anerkennung seiner Beitragspflicht generell auf seine Anspruchsmöglichkeit verzichten, denn es sei da noch kein Verzichtsobjekt vorhanden. Erst mit dem Eintritt des Versicherungsfalles habe der Versicherte die entsprechenden Ansprüche. Da die Leistungen der Versicherung

1. Vgl. O.Mayer I S.111.

2. Vgl. Saalfeld S.24f.

3. Vgl. Fischer, Verzicht S.55ff.

Beeinträchtigungen mit sich brächten(1), sei ein individuelles Interesse an der Verzichtmöglichkeit gegeben. Es stehe also einem Verzicht für die Vergangenheit wie für die Zukunft nichts im Wege(2). Ein Verzicht sei nur dann ausgeschlossen, wenn dadurch der Zweck der Sozialversicherung, nämlich den wirtschaftlich Schwachen bei Verlust ihres einzigen Kapitals, der Arbeitskraft, zu helfen, illusorisch gemacht werden würde. Deshalb würden Verzichte meist gegen das öffentliche Interesse verstossen, wenn der Versicherte sofort der Armenfürsorge zur Last falle.

Man könne also sagen, dass ein Verzicht auf vermögensrechtliche Ansprüche im Verwaltungsrecht grundsätzlich möglich sei, wenn er im Interesse des Berechtigten liege, und dies könne als bestehend angenommen werden, wenn er verzichten wolle. Ausgeschlossen sei der Verzicht ausnahmsweise nur dann, wenn im Einzelfall ein öffentliches Interesse entgegenstehe(3).

Nur kurz äussert sich Forsthoff zu dieser Frage. Die vermögensrechtlichen Ansprüche seien grundsätzlich verzichtbar. Eine andere Beurteilung finde nur dort statt, wo diese aus Gründen des öffentlichen Interesses eine höchstpersönliche Ausgestaltung erfahren hätten und die Abtretung ausgeschlossen sei(4).

III. Die Mittelmeinung.

Mit Fischer und Forsthoff, die den Verzicht auf vermögensrechtliche Ansprüche des öffentlichen Rechts grundsätzlich unter Anerkennung von Ausnahmen zulassen, gelangen wir zu denjenigen Autoren, die den Verzicht auf die genannten Ansprüche weder für zulässig noch für unzulässig halten, sondern die von vornherein ausgehen von dem Recht, auf das im konkreten Fall verzichtet werden soll und die Antwort auf die

-
1. Fischer führt hier an die Ausgangsbeschränkung bei Krankheit.
 2. Vgl. Fischer, Verzicht S. 68.
 3. Vgl. Fischer, Verzicht S. 70.
 4. Vgl. Forsthoff S. 173.

Frage nach der Verzichtbarkeit von der Besonderheit des jeweiligen Rechts abhängig machen.

Vertreter dieser Auffassung sind Ernst, Jaschkowitz, W. Jellinek, Peters, v. Turegg. Naturgemäß ist ihnen allen eine gewisse Kasuistik eigen, die wir jedoch nicht weiter zu verfolgen brauchen. Mögen auch die Auffassungen hinsichtlich eines Systems der verzichtbaren und der unverzichtbaren Rechte auseinandergehen, so besteht andererseits doch Übereinstimmung darüber, dass als entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung der unverzichtbaren von den verzichtbaren subjektiven öffentlichen Rechten das Pflichtmoment bzw. das Moment des öffentlichen Interesses massgebend ist. Es wird also offensichtlich davon ausgegangen, dass innerhalb der subjektiven öffentlichen Rechte speziell auch vermögensrechtlicher Art zu scheiden ist zwischen solchen, die im Interesse der Allgemeinheit und solchen, die im Interesse des Berechtigten statuiert sind, oder dass die Trennungslinie zu ziehen ist zwischen den Rechten, die überwiegend im Allgemeininteresse und denjenigen, die überwiegend im Einzelinteresse begründet worden sind.

Diese Feststellung wird von Jaschkowitz bestätigt, wenn er sagt, man müsse bei der Verzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte in jedem Fall prüfen, ob mit dem Rechte, auf das verzichtet werden solle, Pflichten verbunden seien, oder ob das Allgemeininteresse an den dem einzelnen oder einer Gruppe von Personen zugewiesenen Rechten in erheblichem Masse beteiligt sei. In diesen beiden Fällen spreche die Vermutung für die Unverzichtbarkeit(1).

Von dieser Grundlage ausgehend nehmen auch W. Jellinek, Peters und v. Turegg ihre Einteilung der subjektiven öffentlichen Rechte in verzichtbare und unverzichtbare vor und halten für verzichtbar z.B. alle übertragbaren Rechte, sowie alle Rechte, die im Interesse des einzelnen entstehen. Unverzichtbar sollen hingegen manche höchstpersönliche Rechte, wie Beamtengehalt und Sozialversicherungsleistungen sein(2).

1. Vgl. Jaschkowitz in JW 1927 S. 2843.

2. Vgl. W. Jellinek, Verw. Recht S. 215ff; Peters S. 150; v. Turegg S. 146f.

Auch Ernst sagt, das Kriterium für die Ver- oder Unverzichtbarkeit eines subjektiven öffentlichen Rechtes müsse in dem mehr oder weniger starken Hervortreten des Gemeininteresses gesucht werden(1). Von da aus gelangt er für die Ansprüche aus der Sozialversicherung zu folgendem Ergebnis:

Alle diese Ansprüche seien wie das ganze Sozialversicherungsrecht im überwiegenden öffentlichen Interesse geregelt. Nicht darauf komme es hier an, dem einzelnen um seiner selbst willen Vorteile zu bieten, sondern vielmehr darauf, bestimmten Personen oder Personengruppen deswegen einen gewissen Lebensstandart zu garantieren, weil ohne ein bestimmtes Mindestmass materieller Wohlfahrt eine kulturelle Entwicklung der Gesamtheit nicht möglich sei. Ein Verzicht auf das Recht aus der Versicherung schlechthin oder die generelle Anspruchsmöglichkeit müsse daher ausgeschlossen sein(2). Das gleiche müsse aber auch von dem einzelnen konkreten Anspruch gelten.

C. Die eigene Auffassung über die Verzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte vermögensrechtlicher Art, insbesondere des Arbeitslosengeldes und der Arbeitslosenhilfe.

I. Die Verfügungsmacht als eine ausserhalb jedes subjektiven Rechtes liegende besondere Befugnis.

Der im Vorstehenden gebrachte Überblick über den Stand der Meinungen hinsichtlich der Verzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte vermögensrechtlicher Art im allgemeinen und der Rechte aus der Sozialversicherung im besonderen zeigt, dass sich eine auch nur einigermaßen einheitliche Auffassung bisher nicht herausgebildet hat. Sowohl hinsichtlich der subjektiven öffentlichen Rechte auf Leistungen aus der Sozialversicherung, als auch hinsichtlich der daraus fliessenden Einzelbefugnisse finden wir alle nur überhaupt möglichen Ansichten vertreten.

Wenn wir nun im folgenden den Versuch machen wollen, eine Antwort auf die Frage der Verzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte und vor allem auf die uns in erster

1. Vgl. Ernst S. 70.

2. Vgl. Ernst S. 76.

Linie interessierenden Ansprüche auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe zu geben, so müssen wir zunächst davon ausgehen, ob die Verzichtsbefugnis in Bezug auf ein subjektives Recht Ausfluss des Rechtes selbst ist(1), oder ob es sich dabei um eine ausserhalb des Rechts liegende, besondere Befugnis handelt(2). Diese Frage ist nicht etwa nur rein theoretischer Art, vielmehr ist sie für das Problem der Verzichtbarkeit subjektiver Rechte von ausschlaggebender Bedeutung. Gehört nämlich die Verfügungsbefugnis über das Recht zum Inhalt des Rechtes, so ist damit zugleich auch die grundsätzliche Verzichtbarkeit des Rechtes bejaht. Stellt andererseits die Verfügungsbefugnis über ein Recht eine ausserhalb desselben liegende Befugnis dar, so lässt sich aus dem Recht selbst nichts für oder gegen seine Verzichtbarkeit entnehmen, vielmehr bedarf es jeweils der Prüfung, ob eine besondere Verfügungsmacht vorhanden ist oder nicht, oder ob etwa besondere Gründe einem Verzicht auf das jeweilige Recht entgegenstehen. Dabei gelten diese Überlegungen sowohl für das subjektive Privatrecht als auch für das subjektive öffentliche Recht.

Wir glauben nun, dass subjektive Rechte ihrem Wesen nach weder verzichtbar noch unverzichtbar sind(3). Zu diesem Ergebnis gelangt man u.E. zwangsläufig auf Grund folgender Überlegung:

Subjektives Recht ist, wie wir weiter oben gesehen haben, Rechtsmacht zur Interessenverwirklichung. Daraus folgt, dass die einem Berechtigten jeweils eingeräumte Rechts- oder Willensmacht von vornherein inhaltlich begrenzt ist. Der Berechtigte kann nicht mehr tun, als zur Interessenverwirklichung erforderlich ist, und er kann die Willensmacht auch nicht anders als in Richtung auf die Interessenverwirklichung anwenden. Er kann insbesondere auf die Rechtsmacht nicht verzichten in dem Sinne, dass er von ihr keinen Gebrauch mehr machen kann. Denn das Aufgeben der Willensmacht stellt keine Betäti-

-
1. So z. B. G.Jellinek, System S.55; Larenz I S.275f; O.Mayer I S.111; Meissels, Grünhuts Zeitschrift Bd.18 S.666; Saalfeld S.25; Schnorr v.Carolsfeld, RdA 1958 S.206.
 2. So etwa Enneccerus-Nipperdey Teil I, 2.Halbb.S.595; Fischer, Verzicht S.55; Schoenborn S.72; Walsmann S.66ff.
 3. Ebenso Fischer, Verzicht S.55; Walsmann S.66.

gung derselben in Richtung auf die Interessenverwirklichung dar, weswegen die Willensmacht diese Möglichkeit auch gar nicht mit umfasst. Will also der Berechtigte auf ein Recht verzichten, so muss ihm, da die das Recht darstellende Willensmacht hierzu nicht ausreicht, die entsprechende Befugnis besonders gewährt werden. Sie ist also eine über das subjektive Recht hinausgehende zusätzliche Rechtsmacht.

Die das subjektive Recht darstellende Berechtigung ist dem Rechtsträger nur insoweit zur Verfügung gestellt, als er die Möglichkeit hat, von ihr Gebrauch zu machen oder nicht. Nur insoweit ist die freie Willensherrschaft des Rechtsträgers Inhalt des Rechtes selbst, "denn eine Willensherrschaft über das Recht seiner Existenz nach steht ausserhalb des Rahmens, der den Inhalt des Rechtes umspannt." (1)

Sicherlich, es gibt bestimmte Arten von subjektiven Rechten, so vor allem die subjektiven Privatrechte, auf die im allgemeinen verzichtet werden kann, was jedoch nicht dazu verleiten darf, die Verzichtbarkeit als Ausfluss des Rechtes zu betrachten, vielmehr muss auch in all diesen Fällen die Verfügungsbefugnis besonders eingeräumt sein, für deren Vorliegen jedoch eine Vermutung sprechen wird, denn es ist nicht ersichtlich, warum der Rechtsträger eine Berechtigung nicht soll aufgeben können, wenn keine irgendwie gearteten Hinderungsgründe entgegenstehen, und bei den subjektiven Privatrechten sind derartige Hinderungsgründe in der Regel nicht vorhanden (2). Ob dies allerdings auch für die subjektiven öffentlichen Rechte gilt, damit werden wir uns im folgenden näher zu beschäftigen haben.

1. Vgl. Walsmann S. 67.

2. Zu der Frage, auf welchen Gründen eigentlich die dem Berechtigten eingeräumte besondere Befugnis zum Verzicht auf ein Recht beruht, sagt Walsmann, die Rechtsordnung verteile die Befugnisse an die Rechtsgenossen im Interesse der Aufrechterhaltung der Lebensverhältnisse und zur Herbeiführung eines friedlichen Nebeneinanders der Rechtsgenossen. Das subjektive Recht gewähre dem Berechtigten ein "Mehr". Aber jene Ziele könnten auch erreicht werden, wenn der Berechtigte dieses "Mehr" zurückweise. Positiv könne die Verzichtbarkeit eines Rechtes behauptet werden, wenn ein Interesse an der Verzichtbarkeit vorliege, vorausgesetzt, dass nicht negativ ein Ausschlussgrund die Verzichtbarkeit hindere, vgl. S. 68 ff.

Abschliessend können wir zu dieser Frage also bemerken, dass sich aus dem Wesen des subjektiven Rechtes selbst nichts für die Frage der Verzichtbarkeit ergibt, vielmehr sind die Gründe, die hierfür in Betracht kommen, ausserhalb des subjektiven Rechts zu suchen.

II. Kritische Stellungnahme zu den in der Lehre entwickelten Gründen für die Verzichtbarkeit bzw. Unverzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte.

a) Gehen wir von der soeben gewonnenen Erkenntnis aus, so können wir zunächst einmal eindeutig zu der Auffassung O. Mayers⁽¹⁾ über die grundsätzliche Verzichtbarkeit Stellung nehmen. O. Mayer bezeichnet ja, wie wir gesehen haben, als das Wesen der abgesonderten öffentlichen Rechte die freie Verfügbarkeit derselben, wobei er unter der Verfügbarkeit, zwar nicht ausdrücklich, aber aus dem Zusammenhang erkennbar, vor allem auch die Verzichtsmöglichkeit versteht. Dieser Auffassung aber kann nicht gefolgt werden⁽²⁾, denn es wurde festgestellt, dass sich aus dem Wesen des subjektiven Rechts selbst nichts für die Verzichtbarkeit oder Unverzichtbarkeit entnehmen lässt. Es gibt nur einzelne Arten von Rechten, sagten wir, bei denen die Verfügungsbefugnis im allgemeinen vorhanden ist, so bei den subjektiven Privatrechten. Zu dieser Art von subjektiven Rechten scheint O. Mayer auch die abgesonderten öffentlichen Rechte zu zählen, wie sich aus seiner Feststellung ergibt, die abgesonderten öffentlichen Rechte stimmen mit den Privatrechten überein⁽³⁾.

Bleiben wir zunächst noch bei denjenigen Autoren, die die grundsätzliche Verzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte vermögensrechtlicher Art bejahen, so kann man Fischer insoweit zustimmen, als er von der richtigen Voraussetzung ausgeht, dass subjektive Rechte weder verzichtbar noch unverzichtbar sind⁽⁴⁾. Es kann ihm jedoch nicht gefolgt werden,

1. Und damit auch zu der übereinstimmenden Meinung Saalfelds.
2. Im Ergebnis ebenso Walsmann S. 63.
3. Vgl. O. Mayer I S. 111 und ihm folgend Saalfeld S. 24f.
4. Vgl. Fischer, Verzicht S. 55.

wenn er die genannten Rechte grundsätzlich für verzichtbar hält. Zum Ausgangspunkt seiner Betrachtung macht Fischer die These Walsmanns, man könne positiv die Verzichtbarkeit eines Rechtes behaupten, wenn ein Interesse an der Verzichtbarkeit vorliege. Er scheint jedoch zu übersehen, dass Walsmann diese These speziell für das von ihm behandelte Thema des Verzichts im Privatrecht aufgestellt hat und die Verzichtsmöglichkeit hinsichtlich der subjektiven öffentlichen Rechte nur für diejenigen Fälle bejaht hat, in denen diese Möglichkeit vom Gesetz ausdrücklich eingeräumt ist(1), wohl aus der zutreffenden Erkenntnis heraus, dass die für die subjektiven Privatrechte angenommene grundsätzliche Verzichtbarkeit bei den subjektiven öffentlichen Rechten gerade zur Ausnahme wird. Von einer unzutreffenden Voraussetzung ausgehend gelangt Fischer auch zu einem in dieser Allgemeinheit unzutreffenden Ergebnis.

b) Mussten wir die grundsätzliche Verzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte vermögensrechtlicher Art ablehnen, jedenfalls aus den von den Vertretern dieser Auffassung angeführten Gründen, so haben wir uns nunmehr denjenigen Argumenten zuzuwenden, die für die Unverzichtbarkeit derartiger Rechte vorgebracht werden.

Es handelt sich dabei, wie wir gesehen haben, insbesondere um zwei Gesichtspunkte, nämlich die Annahme, dass subjektive öffentliche Rechte Qualifikationen der Persönlichkeit darstellen, solche Qualifikationen aber ohne Minderung der Persönlichkeit nicht aufgegeben werden können, weshalb ein Verzicht, wenn nicht besonders zugelassen, ausgeschlossen sein muss(2), zum anderen, um die Tatsache, dass jedes subjektive öffentliche Recht nicht nur das Interesse des Berechtigten, sondern weitgehend auch das der Allgemeinheit berücksichtigt, dieses aber nur aus ganz besonderen Gründen dem Einzelinteresse weichen dürfe(3).

1. Vgl. Walsmann S. 145.

2. Vgl. die Nachweise auf S. 113ff.

3. Vgl. die Nachweise auf S. 110ff.

Die anderen von einzelnen Autoren angeführten Gesichtspunkte können unberücksichtigt bleiben. So scheidet etwa das Argument, dass auf subjektive öffentliche Rechte nicht verzichtet werden könne, soweit das Recht die Kehrseite

Was zunächst die auf G.Jellinek fussende Auffassung betrifft, subjektive öffentliche Rechte seien als Qualifikationen der Persönlichkeit unverzichtbar, so haben wir bereits bei der Besprechung der Jellinekschen Theorie nachzuweisen versucht, dass nicht beim rechtlichen "Können" allein, sondern auch beim "Dürfen" der natürlichen Handlungsfähigkeit des Individuums etwas hinzugefügt wird, nämlich die rechtliche Qualifizierung einer Handlung, woraus zu schliessen ist, dass "Dürfen" und "Können" sich insoweit nicht unterscheiden. Wir hatten weiter ausgeführt, dass das rechtliche Können nicht das Charakteristikum des subjektiven öffentlichen Rechts ist, dass vielmehr auch im Privatrecht Rechte des "Könnens" möglich sind. All das bewirkt, dass wir die Jellineksche Auffassung über das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts nicht zur Grundlage der Erörterung der Verzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte machen können, wie ja auch Jellinek selbst diese in erster Linie nicht wegen ihrer wesensmässigen Besonderheit, sondern wegen des öffentlichen Interesses für unverzichtbar erklärt.(1).

Als beachtlich gegen die Verzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte bleibt somit noch der Einwand bestehen, dass diese Rechte, wegen des in ihnen verkörperten öffentlichen Interesses nicht der Verfügungsmacht des Berechtigten unterliegen können.

einer Pflicht sei, was zweifellos zutrifft, deswegen aus, weil bei den von uns hier behandelten Rechten vermögensrechtlicher Art eine Pflicht zur Ausübung grundsätzlich nicht besteht. Was schliesslich das von Schoenborn vorgebrachte Argument betrifft, dass der Einzelne durch einen Verzicht auf das subjektive öffentliche Recht den Staat nicht einseitig von der dem Recht korrespondierenden Pflicht befreien könne, so muss dazu bemerkt werden, dass dieses Argument sich eigentlich nicht gegen die Verzichtsmöglichkeit subjektiver Rechte, sondern vor allem gegen die Rechtsnatur des Verzichtes als einseitiges Rechtsgeschäft wendet (so schon Fischer, Verzicht S. 59). Auf eine ähnliche Begründung ist ja auch die Vertragsnatur des Verzichtes auf Forderungsrechte gestützt worden.

1. Auch Fischer, Verzicht S. 38f verneint die Möglichkeit, aus der Theorie Jellineks Schlüsse auf die Verzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte ziehen zu können.

Wir erachten den Ausgangspunkt, dass nämlich alle subjektiven öffentlichen Rechte eine erhebliche Allgemeinbezogenheit aufweisen, für durchaus zutreffend. Indessen erscheint uns fraglich, ob die Schlussfolgerung, die daraus für die Verzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte gezogen wird, stichhaltig ist. Soll wirklich die Tatsache der, wenn auch erheblichen Beteiligung öffentlichen Interesses genügend sein, die Verzichtbarkeit prinzipiell auszuschliessen? Mit dieser Behauptung können wir uns, zumal da sie so allgemein gehalten ist, nicht zufrieden geben.

Betrachten wir beispielsweise die Steuerrückerstattungsansprüche(1). Es handelt sich dabei um öffentlich-rechtliche Ansprüche. Zweifellos ist bei ihnen auch das öffentliche Interesse in erheblichem Masse beteiligt, denn ebenso wie die Allgemeinheit daran interessiert ist, dass der Einzelne seine Steuerverpflichtungen erfüllt, genau so ist sie daran interessiert, dass der Einzelne nur in der gesetzlich festgelegten Höhe in Anspruch genommen wird und dass ihm Überzahlungen erstattet werden. Dem öffentlichen Interesse ist jedoch mit der Gewährung von Erstattungsansprüchen vollauf genügt. Ob der Berechtigte den Anspruch realisieren will oder nicht, ob er ihn behalten oder aufgeben will, daran ist die Allgemeinheit in keiner Weise interessiert. Es sind also gerade bei den steuerlichen Rückerstattungsansprüchen keine Gründe ersichtlich, die einem Verzicht entgegenstehen würden(2). Das gleiche muss aber auch für öffentlich-rechtliche Schadenersatzansprüche irgendwelcher Art gelten, soweit sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt(3). Sind aber, wie die ge-

1. Vgl. §§ 150ff AO.

2. Ebenso z.B. Ernst S.70; Fischer, Verzicht S.58f; ForsthoFF S.173 u.251; v.Köhler S.238ff; v.Turegg S.147. Vgl. hierzu weiter Berger, Anm. zu § 150; Bühler, Steuerrecht I, S.245ff; Hensel S.177ff; Kühn, Anm. zu §§ 150ff; Metz I S.59ff; Mirbt S.147ff; Riewald, Vorbem. zu §§ 150-159, S.636ff.

3. Zwar kennen wir auch Fälle, in denen sich die Verzichtsmöglichkeit auf subj. öff. Rechte aus dem Gesetz ergibt, so z.B. auf Beamtengehalt, das bereits fällig geworden ist und auf das die Voraussetzungen des § 83 Abs. II BBG (vgl. hierzu Fischbach, Anm. 3 zu § 83 S.710) und der entsprechenden Bestimmungen in den Beamtengesetzen der Länder nicht zutreffen. Dieses Beispiel kann man jedoch nicht anführen, um die Ansicht der Grundsätzlichen Unverzichtbarkeit subj.

nannten Beispiele zeigen, subjektive öffentliche Rechte denkbar, hinsichtlich deren auch ohne besondere gesetzliche Regelung ein Verzicht möglich sein muss, so ist daraus die Schlussfolgerung zu ziehen, dass der Gesichtspunkt der Beteiligung des öffentlichen Interesses allein kein geeignetes Argument für die grundsätzliche Unverzichtbarkeit dieser Rechte sein kann.

Man kann jedoch auch nicht in der Weise verfahren, dass man die subjektiven öffentlichen Rechte vermögensrechtlicher Art in verzichtbare und unverzichtbare einteilt, je nach dem Mass, in dem das öffentliche Interesse an dem einzelnen Recht beteiligt ist⁽¹⁾. Wie schon mehrfach betont, weisen alle subjektiven öffentlichen Rechte eine erhebliche Allgemeinbezogenheit auf, denn sonst wären sie keine öffentlichen Rechte. Bei ihnen jedoch zu unterscheiden zwischen solchen, an denen das öffentliche Interesse mehr, und solchen, an denen das öffentliche Interesse weniger beteiligt ist, erscheint praktisch undurchführbar. Es tauchen hier nämlich im Prinzip die gleichen Schwierigkeiten auf, wie bei der Interessentheorie, die die Trennungslinie zwischen öffentlichem und privatem Recht danach zieht, ob ein Rechtsverhältnis überwiegend dem öffentlichen oder dem privaten Interesse dient. In beiden Fällen wird die Beurteilung einer Rechtsfrage von einer Wertung abhängig gemacht, die vom Standpunkt des jeweiligen Betrachters abhängig ist und demnach auch verschieden beantwortet werden kann. Die Frage der Verzichtbarkeit eines subjektiven öffentlichen Rechts von einer solchen Wertung abhängig zu machen, erscheint uns aber nicht als der richtige Weg.

Die Verzichtbarkeit der Erstattungsansprüche zeigt uns, dass es gar nicht auf die blosse Beteiligung des öffentlichen Interesses ankommen kann, vielmehr muss in jedem Falle auf den davon abweichenden Gesichtspunkt abgestellt werden, ob ein öffentliches Interesse auch an der Unverzichtbarkeit eines öffentlichen Rechtes besteht, und darauf kommt es u.E.

öff. Rechte zu widerlegen, denn die Vertreter dieser Auffassung behaupten die Unverzichtbarkeit ja auch nur vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung.

1. So z.T. die Vertreter der Mittelmeinung (vgl. S. 117ff). Vgl. auch Ernst S. 70: "Vielmehr muss hier das Kriterium ebenfalls in dem mehr oder weniger starken Hervortreten des Gemeininteresses gesucht werden."

entscheidend an. Bei den Erstattungsansprüchen ist ein öffentliches Interesse an der Statuierung durchaus gegeben, ein öffentliches Interesse an der Unverzichtbarkeit ist jedoch nicht ersichtlich. Ob ein solches Interesse an der Unverzichtbarkeit eines Rechtes besteht, dafür gilt es jeweils konkrete Anhaltspunkte zu finden.

III. Gründe der Unverzichtbarkeit des subjektiven öffentlichen Rechtes auf Arbeitslosengeld.

1. Unverzichtbarkeit, wenn als Folge des Verzichtes Hilfsbedürftigkeit des Verzichtenden eintreten würde.

Es wird nun unsere Aufgabe sein, die konkreten Gesichtspunkte aufzuzeigen, aus denen sich das öffentliche Interesse an der Unverzichtbarkeit des subjektiven öffentlichen Rechtes auf Arbeitslosengeld ergibt.

Wir müssen dabei zwei Fälle unterscheiden:

Bereits zu Beginn der Arbeit wurde festgestellt, dass der Anspruch auf Arbeitslosengeld unabhängig ist von einer irgendwie gearteten Bedürftigkeit des Arbeitslosen. Das bedeutet umgekehrt, dass ein Verzicht des Arbeitslosen auf das Arbeitslosengeld - sofern ein solcher möglich wäre - nicht immer die Hilfsbedürftigkeit desselben auslösen muss, nämlich dann nicht, wenn der Arbeitslose trotz des Verzichtes etwa auf Grund eigenen Vermögens in der Lage ist, den notwendigen Unterhalt für sich und seine Angehörigen zu bestreiten. Andererseits würde in all den Fällen, in denen eine Person vermögenslos ist und das Arbeitslosengeld die einzige Einkommensquelle ist, im Falle eines Verzichtes auf das Arbeitslosengeld, welches an die Stelle des Arbeitsentgeltes tritt und welches, da es ja nur einen Teil desselben ausmacht, das Existenzminimum darstellt, dieses Existenzminimum auch noch eingebüsst werden und damit zur Hilfsbedürftigkeit des Verzichtenden führen⁽¹⁾, weswegen dieser die öffentliche Fürsorge in Anspruch nehmen

1. Vgl. § 5 der Reichsgrundsätze über Voraussetzung Art und Mass der öffentlichen Fürsorge vom 1.8.1931.

musste(1). Diese beiden Fälle aber, in denen der Verzicht auf das Arbeitslosengeld zur Hilfsbedürftigkeit und damit zur Inanspruchnahme der öffentlichen Fürsorge führen würde, bzw. in denen der Verzicht eine derartige Folge nicht auslösen würde, sind im Hinblick auf die Wirksamkeit des jeweiligen Verzichtes gesondert zu betrachten.

In den Fällen, in denen der Verzicht auf das Arbeitslosengeld zur Inanspruchnahme der öffentlichen Fürsorge führen würde, ist das öffentliche Interesse an der Unverzichtbarkeit desselben evident.

Wenn die Rechtsordnung Einrichtungen geschaffen hat, die im Falle der Arbeitslosigkeit den Lebensunterhalt des Arbeitslosen und seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen sicherstellen sollen, und wenn sie den Arbeitslosen an der Aufbringung der hierfür erforderlichen Mittel neben dem Arbeitgeber beteiligt, so hat die Allgemeinheit unbestreitbar ein erhebliches Interesse daran, dass der einzelne im Falle der Arbeitslosigkeit von diesen Einrichtungen auch Gebrauch macht und das ihm zustehende Arbeitslosengeld zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes auch tatsächlich verwendet, und nicht durch einen Verzicht auf dasselbe die bestimmungsmässige Verwendung der den Gegenstand des Verzichtes bildenden Leistungen ausschliesst, und statt dessen durch die Inanspruchnahme der öffentlichen Fürsorge der Allgemeinheit zur Last fällt(2). In diesen Fällen muss also der Verzicht, da er zu einer ungerechtfertigten Belastung der Allgemeinheit führen würde, unwirksam sein.

-
1. Nur eine Inanspruchnahme der öffentlichen Fürsorge käme in Betracht. Niemals könnte ein Verzicht auf Arbeitslosengeld bewirken, dass dem Arbeitslosen statt dessen Arbeitslosenhilfe gewährt wird, denn dazu würde es schon an der Voraussetzung fehlen, dass der Anspruch auf Arbeitslosengeld erschöpft ist. Die Ursache der Hilfsbedürftigkeit ist für die Gewährung der öffentlichen Fürsorge ohne Belang, vgl. Jehle, Anm. 3 zu § 5 der Reichsgrunds. S. 79. Es kann deswegen auch dahingestellt bleiben, ob etwa der Verzicht auf das Arbeitslosengeld als ein Verschulden beim Eintritt der Hilfsbedürftigkeit angesehen werden kann.
 2. Ebenso Bultmann in SV 1950 S. 234ff; Fischer, Verzicht S. 70.

2. Gründe der Unverzichtbarkeit in allen sonstigen Fällen.

Das sozialstaatliche Prinzip als entscheidender Gesichtspunkt für die Unverzichtbarkeit des Arbeitslosengeldes überhaupt.

Muss die Unverzichtbarkeit des Arbeitslosengeldes in den soeben behandelten Fällen unbedingt bejaht werden, so fragt es sich, ob auch unter der Voraussetzung, dass keine Hilfsbedürftigkeit des Verzichtenden eintreten würde, ein Verzicht auf das Arbeitslosengeld unwirksam sein muss. In diesen Fällen nämlich führt der Verzicht nicht wie in den vorgenannten, zu einer Belastung der Allgemeinheit, und insofern ist das öffentliche Interesse an der Unverzichtbarkeit der genannten Unterstützungsleistungen jedenfalls nicht so eindeutig ersichtlich. Trotzdem glauben wir auch hier die Unverzichtbarkeit des Arbeitslosengeldes bejahen zu müssen. Dieses Ergebnis ist u.E. die notwendige Konsequenz, die aus dem sozialstaatlichen Prinzip gezogen werden muss.

Es ist nun, ehe wir die von uns gezogene Schlussfolgerung näher begründen können, die Bedeutung des Begriffes "sozial" an sich und in der Wortverbindung "Sozialstaat", sowie die Stellung des Grundgesetzes zum Sozialstaatsprinzip im Grundsätzlichen zu umreißen.

a) Was also ist unter dem Begriff "sozial" überhaupt und besonders in der Wortverbindung "Sozialstaat" zu verstehen?

Es mag zunächst schwierig erscheinen zu bestimmen, welche spezifische Bedeutung dem Wort "sozial" eigentlich zukommt(1). Es lässt bei abstrakter Betrachtung mehrere Deutungen zu, die Gesetze selbst sprechen sich, wenn sie den Begriff schon verwenden, nicht darüber aus, wie sie ihn verstanden wissen wollen, und zudem hat die Tatsache, dass der Begriff "sozial" als einer der Hauptbestandteile des politischen Schlagwort-repertoires anzusehen ist, auch keinesfalls zur Klärung desselben beigetragen. Menger(2) versteht das Wort "sozial" in

1. Vgl. Grewe in AG Nr. 24/1 1950/51 S. 39.

2. Vgl. Menger S. 23f.

dreifacher Hinsicht. Es soll einmal soviel bedeuten wie "Zusammenleben". In seiner ethischen Bedeutung ist es als "Rücksichtnahme" zu verstehen, während es in der dritten, politischen Bedeutung im Sinne der "Daseinsvorsorge" aufzufassen ist. An sich wird gegen diese dreifache Deutung des Begriffes nichts einzuwenden sein⁽¹⁾, wenn auch die einzelnen Deutungen nicht scharf voneinander abgegrenzt werden können, sondern zum Teil ineinander übergehen. Man kann jedoch Menger nicht folgen, wenn er die ethische Bedeutung im Sinne der Rücksichtnahme sowohl der Bürger dem Staat gegenüber, als auch des Staates seinen Bürgern gegenüber, als die entscheidende Bedeutung auch für den Begriff des Sozialstaates ansieht⁽²⁾.

Die spezifische Bedeutung des Wortes "sozial" lässt sich u.E. mit genügender Schärfe herausarbeiten, wenn man auf seine historisch-politischen Ursprünge zurückgeht. Der bürgerliche Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts, der im wesentlichen von der Idee des Liberalismus getragen wurde⁽³⁾, war reiner Rechtsbewahrstaat⁽⁴⁾. Er beruhte weitgehend auf einer Trennung von Staat und Gesellschaft und seine Aufgabe bestand vor allem darin, eine staatsfreie Individualsphäre zu sichern⁽⁵⁾ und nur die Rolle eines Aufpassers über die Einhaltung bestimmter Spielregeln zu übernehmen, "die dem Einzelnen eine ich-bezogene Selbstverwirklichung ermöglichen"⁽⁶⁾, ihn im übrigen aber der gesellschaftlichen Situation zu überlassen, wie sie vorgefunden wurde⁽⁷⁾. Entsprechend dem tragenden Prinzip des

1. So auch Dürig AöR Bd. 79 S. 255.

2. Menger verneint die erste Bedeutung, weil sie zu einem Pleonasmus führe und die letzte, weil sie in der Bundesrepublik eine wohlfahrtsstaatliche Verwirklichung nicht gefunden habe, vgl. S. 23f. Zu einem im wesentlichen gleichen Ergebnis bzgl. des Begriffes "sozial" wie Menger kommt auch Fechner, Recht und Staat Heft 174 S. 5f.

3. Vgl. Klein ZgesStW Bd. 106 S. 397.

4. So Dürig JZ 1953 S. 193.

5. Vgl. Dürig aaO; Fechner, Recht und Staat Heft 174 S. 10; ForsthoFF VVDStRL Heft 12 S. 10ff; Scheuner RSW III S. 151; Werner AöR Bd. 81 S. 88f.

6. Vgl. Fechner aaO.

7. Vgl. ForsthoFF aaO.

Liberalismus, dem "laisser-faire" Prinzip, sollte sich im freien Spiel der Kräfte, im Widerstreit der Privatinteressen das dem Gemeinwohl Nützliche von selbst ergeben(1). Die Folge davon war, auch wegen der völlig veränderten wirtschaftlichen insbesondere industriellen Verhältnisse, eine weitgehende Abhängigkeit vor allem der industriellen Arbeitnehmer und schliesslich eine Verelendung weiter Teile derselben. In dieser so eingetretenen Erschütterung der gesellschaftlichen Verhältnisse, für die letztlich die Staatsidee des Liberalismus verantwortlich war, muss aber auch der eigentliche Ursprung des sozialen Gedankens erblickt werden. Ihm liegt die Erkenntnis zugrunde, dass der erhoffte Interessenausgleich eben nicht im freien Spiel der Kräfte erreicht werden kann, sondern dass es hierzu eines ordnenden und gestaltenden Eingreifens bedarf. Das soziale Prinzip ist also im wesentlichen ein Schutzprinzip zugunsten der wirtschaftlich oder gesellschaftlich Schwachen und in dieser Bedeutung muss der Begriff "sozial" verstanden werden und wird er auch verstanden(2). Aus dieser historisch-politischen Sicht betrachtet, die u.E. allein massgebend ist, stehen der Deutung des Begriffes "sozial" in Wirklichkeit Schwierigkeiten gar nicht entgegen.

In der soeben aufgezeigten Bedeutung ist der Begriff "sozial" auch in der Wortverbindung "Sozialstaat" anzuwenden. Die Entstehung der sozialen Frage und die Erkenntnis, dass sich die Gemeinwohlgerechtigkeit "nicht durch Har-

1. Vgl. Dürig JZ 1953 S. 196, derselbe in AöR Bd. 79 S. 256; Schnorr v. Carolsfeld S. 17.
2. Ebenso Dürig AöR Bd. 79 S. 255; v. Mangoldt-Klein S. 609; Müller in DB 1956 S. 525.
A. A. Fechner in Recht und Staat Heft 174 S. 5 wonach eine solche Auslegung des Wortes "sozial" in Vorstellungen des 19. Jahrhunderts befangen ist. Nach Fechner stellen Hilfsmassnahmen für wirtschaftlich schlechter gestellte Kreise nur eine durch bestimmte geschichtliche Gegebenheiten bedingte Zuspitzung des sozialen Gedankens dar, dessen Sinngehalt viel umfassender ist. Hieran ist richtig, dass der Ursprung der sozialen Frage im 19. Jahrh. liegt; die von uns vorgenommene Deutung des Begriffes "sozial" im Sinne eines Schutzprinzips zugunsten der gesellschaftlich Schwächeren aber als zu eng oder gar verfehlt abzulehnen, erscheint uns angesichts der heutigen Staatswirklichkeit, in der doch dieses Schutzprinzip immer neue und umfang-

monie der sich frei betätigenden Eigeninteressen automatisch ergibt"(1), sondern eines Ausgleiches von seiten einer Autorität bedarf(2), hatte auch eine Wandlung der Staatsidee im Gefolge, die dem Staat nicht mehr wie bisher lediglich Schutzfunktionen nach innen und aussen zuerkennt, ihn nicht mehr in die Rolle eines blossen Ordnungsgaranten zurückdrängt(3), nach der der Staat die allgemeinen Daseinsbedingungen nicht mehr sich selbst überlassen darf, wonach es vielmehr seine Aufgabe ist, gestaltend in die Sozialordnung einzugreifen(4). Im sozialen Staat geht es nicht mehr nur noch darum, die Individualsphäre gegenüber den Eingriffen des Staates abzusichern und diesen, abgesehen von seiner Ordnungsfunktion in seine Schranken zu verweisen, vom sozialen Staat erwartet man vielmehr soziale Aktivität zugunsten des einzelnen(5). Im sozialen Staat fordert der einzelne Hilfe vom Staat, nicht nur als Ausgleich sozialer Gegensätze, sondern auch als Unterstützung in Krisenlagen, mögen diese nun durch Krankheit, Unfall, Arbeitslosigkeit oder dgl. mehr hervorgerufen sein. Der soziale Staat ist also ein Staat der "Daseinsvorsorge"(6), ein Staat mit positiven sozialen Funktionen.

In diesem Sinne erscheint uns der Begriff des Sozialstaates hinreichend scharf charakterisiert und wir können die Bedenken nicht teilen, die gegen die Bestimmbarkeit dieses Begriffes vorgebracht werden(7).

reichere Formen annimmt, abwegig. Wie Fechner auch Grewe in AG Nr. 24/1 1950/51 S. 39; Werner AöR Bd. 81 S. 88f, die das Wort "sozial" ebenfalls umfassender verstehen.

1. Vgl. dazu Dürig AöR Bd. 79 S. 256.
2. Vgl. Dürig JZ 1953 S. 196.
3. Vgl. Klein ZgesStW Bd. 106 S. 399.
4. Ebenso Dürig JZ 1953 S. 193; Forsthoff, Verfassungsprobleme S. 11f.
5. Ebenso Werner AöR Bd. 81 S. 88f; BVerfG, Beschl. v. 19. 12. 1951 BVerfGE 1 S. 97ff.
6. Vgl. Bachof VVDStRL Heft 12 S. 37ff; Dürig JZ 1953 S. 193, 196; derselbe in AöR Bd. 79 S. 256; Forsthoff, Verfassungsprobleme S. 9; derselbe VVDStRL Heft 12 S. 25; Giese, Erl. II 4 zu Art. 20 GG S. 45; Klein ZgesStW Bd. 106 S. 399; Nawiasky-Leusser S. 80; Wernicke in BK Erl. zu Art. 20 GG unter d).
7. So z.B. Fechner RdA 1955 S. 161; Werner AöR Bd. 81 S. 86f; Grewe kritisiert die soeben dargelegte Bedeutung des Begriffes "Sozialstaat" als zu eng, vgl. AG Nr. 24/1 1950/51 S. 39; ebenso wohl Ipsen in DÖV 1952 S. 218. Ganz anders fast Fechner das sozialstaatliche Prinzip auf, vgl. Recht und Staat Heft 174 S. 14: "Das wäre genau das Um-

b) Sozialstaat und Grundgesetz.

Die Wandlung des liberalen Rechtsstaates zum Sozialstaat in dem von uns eben dargelegten Sinne hatte sich bereits vollzogen, noch ehe das sozialstaatliche Prinzip zum Bestandteil staatlicher Verfassungen erhoben wurde. Ein Blick in die deutsche Verfassungsgeschichte beweist dies. Dass unser heutiger Staat Sozialstaat ist, kann angesichts der gegenwärtigen Staatswirklichkeit nicht bezweifelt werden und bedarf auch keines weiteren Beweises. Er ist jedoch nicht nur faktisch eine Realität, sondern ist auch verfassungsrechtlich als solcher anerkannt, da das Grundgesetz das sozialstaatliche Prinzip zu einem seiner Leitgrundsätze gestempelt hat.

Es ist zuzugeben, dass die Sozialstaatlichkeit im Grundgesetz nur sehr unvollkommen durchgeführt ist⁽¹⁾. Der Begriff des "Sozialstaates" taucht dort überhaupt nicht auf, vielmehr erscheint nur das Wort "sozial" in Verbindung mit "Bundesstaat" und "Rechtsstaat"⁽²⁾. Dieser Umstand hat dem Grundgesetz den Vorwurf eingetragen, in Wirklichkeit keine sozial-rechtsstaatliche, sondern eine bürgerlich-liberal-rechtsstaatliche Verfas-

gekehrte von dem, was bisher überwiegend als das Wesen des Sozialstaates angesehen wurde. Es handelt sich nicht um "Forderungen", die sich in erster Linie gegen den Staat richten, nicht um "Ansprüche des Einzelnen gegenüber der Gesamtheit", sondern um den Anspruch der Gesamtheit gegenüber dem Einzelnen, um Verpflichtungen des Einzelnen für das Ganze, nötigenfalls unter Einsatz von Zwang".

Menger, vgl. S. 23f, deutet den Begriff des Sozialstaates als Gerechtigkeitsstaat. Diese Deutung erscheint uns in dessen doch zu allgemein (so auch Dürig JZ 1953 S. 196).

1. So Bachof VVDStRL Heft 12 S. 41; v. Mangoldt-Klein S. 605; Scheuner RSW III S. 131, der vor allem darauf hinweist, dass der Ausbau der Grundrechtsidee nach der Seite sozialer Rechte hin unterblieben sei, was eine der empfindlichsten Lücken darstelle und dazu geführt habe, dass die individuellen Freiheitsrechte das Übergewicht über den sozialen Gedanken erlangt hätten.
2. Vgl. Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG. Inwieweit durch die sprachliche Verbindung "sozialer Bundesstaat" eine innere Beziehung zwischen diesen beiden Begriffen hergestellt werden sollte, ist zweifelhaft; bejahend z.B. Fechner RdA 1955 S. 163; verneinend z.B. v. Mangoldt-Klein S. 605; Müller in DB 1956 S. 252; Scheuner RSW III S. 154. Diese Frage interessiert uns hier jedoch nicht weiter. Die eigentliche Problematik ergibt sich aus der Gegenüberstellung des Sozialstaates und des Rechtsstaates.

sung zu sein(1).Vor allem Klein hat diesen Vorwurf mit besonderer Schärfe erhoben und darauf hingewiesen,dass ein kaum lösbarer Widerspruch zwischen dem förmlichen Text der Art.20 Abs.1 und 28 Abs.1 S.1 GG und dem sachlichen Inhalt der Verfassungsurkunde,insbesondere auch dem Grundrechtsteil bestehe, der mit gewissen Ausnahmen bürgerlich-liberal sei(2).Nicht minder auffällig und stärker als diese sei auch die weitere Antinomie,dass nämlich zwischen der liberal-recchtsstaatlichen Konzeption der Schöpfer der westdeutschen Verfassung und der heutigen Staatswirklichkeit ein Riss klaffe(3).

Indessen glauben wir dieser Kritik, die dem Grundgesetz allzusehr bürgerlich-liberale Tendenzen vorwirft,nicht folgen zu können(4).Aus der Anlehnung des Grundgesetzes,vor allem seines Grundrechtsteils,der im wesentlichen liberale Freiheitsrechte enthält,an die bürgerlich-rechtsstaatliche Verfassungsform kann nicht gefolgert werden,das Grundgesetz habe sich im ganzen dazu bekennen wollen.Zwar soll durch die Anerkennung des Sozialstaatsprinzips nicht die dem Rechtsstaat eigentümliche "Ausgrenzungsfunktion" beeinträchtigt werden(5).Auch der Sozialstaat kann auf die typischen rechtsstaatlichen Prinzipien,wie Anerkennung von Grund- und Freiheitsrechten,Gewaltenteilung,Gesetzmässigkeit und Justizförmigkeit,um nur die wichtigsten zu nennen,nicht verzichten(6).Vielmehr geht es darum,"Fehlwirkungen der unter den grundrechtlich garantierten Freiheiten sich vollziehenden demokratischen Selbstgestaltung ..." auszugleichen(7).Dazu

1. So etwa Forsthoff VVDStRL Heft 12 S.14;Grewe in DRZ 1949 S.392;Klein in ZgesStW Bd.106 S.398ff.
2. Vgl.Klein ZgesStW Bd.106 S.404.
3. Vgl.Klein aaO.
4. Ebenso Gerber AÖR Bd.81 S.38;Scheuner RSW III S.131.
5. So Gerber AÖR Bd.81 S.14 unter Hinweis auf die Ergebnisse der Staatsrechtslehrertagungen von Göttingen, Marburg und Bonn.
6. Insofern kann aber gerade die Anerkennung von Freiheitsrechten nicht als ein Bekenntnis des Bonner Grundgesetzes zum liberalen Rechtsstaat aufgefasst werden.
7. Vgl.Gerber AÖR Bd.81 S.14.

aber bedarf es der Feststellung der den Freiheitsrechten immanenten Grenzen, was nur möglich ist, wenn man diese nicht nach liberaler Selbstauffassung, losgelöst aus dem Gesamtzusammenhang der Verfassung zu deuten versucht. Indem das Grundgesetz vom "sozialen Bundesstaat" und insbesondere vom "sozialen Rechtsstaat" spricht, womit es offensichtlich den Gegensatz zu der liberalen Form des Rechtsstaates hervorheben will(1), bringt es zum Ausdruck, dass auch die Freiheitsrechte, nicht wie ihr Wortlaut nahelegt, in liberalem, sondern in sozialem Sinne zu verstehen sind(2). Das soziale Prinzip kann umso weniger bei der Auslegung des Grundgesetzes und insbesondere auch der Grundrechte unberücksichtigt bleiben, als es durch Art. 79 Abs. III GG für absolut unabänderlich erklärt wurde, und somit einen der elementaren Bestandteile des Grundgesetzes darstellt(3). Zudem hat sich weitgehend die Erkenntnis durchgesetzt, dass die Persönlichkeitsentfaltung nicht nur Freiheit, sondern auch ein Mindestmass an sozialer Sicherheit voraussetzt, dass also alle zugestandene Freiheit, wie sie in den Freiheitsrechten zum Ausdruck kommt, wirkungslos ist, wenn sie nicht ökonomische Substanz hat(4). So gesehen können also das rechtsstaatliche und das sozialstaatliche Prinzip nicht als unüberwindliche Gegensätze angesehen werden(5), vielmehr beruht der "soziale Rechtsstaat" auf einem System des Ausgleiches(6). Zutreffend hat Fechner hierüber

1. Das GG sagt zwar nicht ausdrücklich, was es unter dem sozialstaatlichen Prinzip inhaltlich versteht. Aus der Betonung des sozialen Rechtsstaates gegenüber der liberalen Form desselben ist u. E. zu entnehmen, dass sich das GG zum Sozialstaat in jenem historisch-politischen Sinne bekennen wollte, wie wir ihn weiter oben umschrieben haben. Im Ergebnis ebenso Dürig AöR Bd. 79 S. 256; Müller in DB 1956 S. 524.
2. Ebenso Bachof VVDStRL Heft 12 S. 42; Gerber AöR Bd. 81 S. 38, 43 und 53 Leits. 6; Huber I S. 36f; Ipsen VVDStRL Heft 10 S. 85; Müller in DB 1956 S. 526f; Nipperdey VVDStRL Heft 12 S. 98; Scheuner RSW III S. 151 sowie VVDStRL Heft 11 S. 22.
3. Vgl. Dürig JZ 1953 S. 193; Gerber AöR Bd. 81 S. 38.
4. So Bachof VVDStRL Heft 12 S. 41; Dürig AöR Bd. 79 S. 256; Fechner RdA 1955 S. 164; Müller in DB 1956 S. 526f und 549.
5. Den Gegensatz betont vor allem Forsthoff. Nach seiner Auffassung sind Rechtsstaat und Sozialstaat ihrer Intention nach durchaus verschieden und lassen sich auf der Verfassungsebene daher auch nicht verschmelzen, vgl. VVDStRL Heft 12 S. 19 und S. 27f.
6. So Bachof VVDStRL Heft 12 S. 44ff.

ausgeführt(1), dass der formale Grundsatz der Gerechtigkeit der Ergänzung durch materiale Werte bedürfe, wie sie vor allem im regulativen Prinzip des Sozialstaatsgedankens zur Geltung kämen. Ein Staat, dessen Rechtsstaatlichkeit sich im Formalen erschöpfe und auf diese Ergänzung verzichte, sei das Gegenteil eines Rechtsstaates und werde zum Unrechtsstaat. Die beiden Elemente des Rechtsstaats- und des Sozialstaatsgedankens seien wesentlich aufeinander bezogen und bedingten einander, insofern, als der Rechtsstaat nicht bestehen könne ohne soziale Gerechtigkeit, Sozialstaatlichkeit aber nur in rechtlich geordneten Formen möglich und erträglich sei. Der Rechtsstaat könne seiner Idee nach der Ergänzung durch den Sozialstaatsgedanken nicht entbehren. Die Begrenzung des Rechtsstaatsprinzips durch das Sozialstaatsprinzip bedrohe ihn nicht, sondern gebe ihm erst Lebensfähigkeit und Wirklichkeit(2).

Wenn sich also das Grundgesetz zum Sozialstaat bekennt, so kann dies nicht nur als eine unverbindliche Deklamation betrachtet werden, so kann die Sozialstaatsklausel nicht nur als "substanzloser Blankettbegriff"(3), oder als blosser Programmsatz angesehen werden, es kommt ihr vielmehr umfassende Bedeutung zu. Mit der Sozialstaatserklärung hat das Grundgesetz eine grundlegende Entscheidung gefällt, hat es die besondere Wesensart des deutschen Staates hervorgehoben und normativ festgelegt. Die Sozialstaatserklärung stellt daher nicht nur eine verfassungsrechtliche Anerkennung der Staatswirklichkeit in ihrer Sozialstaatlichkeit dar, nicht nur eine Auslegungsregel(4), sondern darüber hinaus eine allumfassende Staatszielerklärung(5), d.h. die Verpflichtung des Gesetzgebers zu sozialer Aktivität, zur Ausgestaltung der Sozial-

1. Vgl. Fechner RdA 1955 S.161.

2. Ähnlich auch Müller in DB 1956 S.549; Stamm in JZ 1955 S.149.

3. So Grewe in DRZ 1949 S.351.

4. Obwohl sie auch als solche erhebliche Bedeutung hat, vgl. Bachof VVDStRL Heft 12 S.43; Dürig JZ 1953 S.196; derselbe in Festschrift S.167; Fechner RdA 1955 S.161; Scheuner RSW III S.145; Wernicke in BK Anm.II 1d zu Art.20 GG.

5. Ebenso Bachof VVDStRL Heft 12 S.38f; Ipsen VVDStRL Heft 10 S.85; Mangoldt-Klein S.605; Schnorr v.Carolsfelds S.161 Anm.B.

ordnung im Sinne des Interessenausgleiches und der Daseinsvorsorge im weitesten Rahmen(1).

c) Welche Folgerungen sind nun aus dem Sozialstaatsprinzip in Bezug auf die Verzichtbarkeit des Arbeitslosengeldes zu ziehen?

Nachdem wir die inhaltliche Bedeutung des Sozialstaatsbegriffes und die Stellung des Grundgesetzes zum Sozialstaat umrissen haben, müssen wir im folgenden dazu übergehen, die von uns aufgestellte Behauptung, das Sozialstaatsprinzip sei der entscheidende Gesichtspunkt für die Unverzichtbarkeit des Arbeitslosengeldes, zu begründen.

Den Ausgangspunkt muss die Feststellung bilden, dass die Arbeitslosenversicherung - wie die Sozialversicherung allgemein - als eine der augenfälligsten Konkretisierungen des Sozialstaatsgedankens angesehen werden muss(2). Als solche ragt sie unmittelbar in den Bereich der Sozialstaatsproblematik hinein und dieser Zusammenhang macht es auch unerlässlich darauf einzugehen, welche Folgerungen hieraus bei der Beurteilung einer konkreten Rechtsfrage, hier der Verzichtsfraße, gezogen werden müssen.

Wir hatten das soziale Prinzip als ein Schutzprinzip zugunsten der wirtschaftlich und gesellschaftlich Schwachen und den Sozialstaat als den Staat des Interessenausgleiches und der Daseinsvorsorge im weitesten Sinne charakterisiert, mithin als Garanten für die Realisierung dieses Prinzips. Nun lässt sich die Bedeutung desselben und damit auch die

-
1. Vgl. Durig JZ 1953 S.196: " ..Eine Verfassung, die sich für den Sozialstaat entschieden hat, hat sich positivrechtlich für die Zuständigkeit des Staates entschieden, die Sozialordnung und damit auch die Wirtschaftsordnung zu schaffen und gestaltend (nicht nur streitschlichtend) in sie einzugreifen. " Ähnlich Ipsen VVDStRL Heft 10 S.74: "Wenn die Entscheidung des Grundgesetzes zum Sozialstaat etwas Wesentliches und Tieferes sein will, als eine wohlfeile Formel aus Kompromiss und Konzession oder auch nur eine unverbindliche Verheißung, so bedeutet sie Bereitschaft und Verantwortung, Aufgabe und Zuständigkeit seines Staates zur Gestaltung der sozialen Ordnung. Nur eine solche Deutung wird der besonderen gegenwärtigen Lage des deutschen Staatswesens gerecht. "
 2. Ebenso Adler, Gedächtnisschrift S.1; Fechner RdA 1955 S.162.

des sozialstaatlichen Prinzips keineswegs voll erfassen, wenn man lediglich auf den Schutzgedanken zugunsten bestimmter sozialbedürftiger Kreise der Gesellschaft abstellt. Sicherlich ist die Realisierung des Schutzgedankens die erste und auch unmittelbar erkennbare Auswirkung des Sozialstaatsgrundsatzes. Seinem Ursprung nach und, soweit er irgendwie verfassungsrechtlichen Niederschlag gefunden hat, auch seiner gesetzgeberischen Intention nach geht er viel weiter. Der Staat der Gegenwart ist nämlich nicht nur aus rein humanitären Gründen Sozialstaat. Seit die moderne Massengesellschaft nicht nur durch ihre Existenz an sich, sondern auch infolge der durch äussere Einflüsse bewirkten Erschütterungen die mannigfaltigsten und umfangreichsten Probleme aufgeworfen hat und in zunehmendem Masse aufwirft, ist eine intakte Gesellschaft ohne weitestgehende staatliche Aktivität im Sinne eben der genannten "Daseinsvorsorge" nicht mehr denkbar. Von der Ordnung der gesellschaftlichen Verhältnisse hängt weitgehend auch die Existenz des Staates ab. Geordnete gesellschaftliche Verhältnisse aber lassen sich nur auf dem Wege über die Sicherung des einzelnen Gliedes der Gesellschaft erreichen⁽¹⁾. Wenn sich also ein Staat zum Sozialstaatsgedanken bekennt, wenn er den Auf- und Ausbau einer dem sozialen Prinzip entsprechenden Sozialordnung zum Staatsziel erklärt, wie dies im Grundgesetz geschehen ist, so erfolgt dies, mögen sich die Wirkungen dieser staatlichen Daseinsvorsorge zunächst auch nur bei den Nutzniessern derselben zeigen, letztlich doch um des höheren Zieles der Stabilisierung der gesellschaftlichen Verhältnisse und damit der Bestandssicherung des Staates selbst willen. Man kann deshalb Fechner nur zustimmen, wenn er sagt, dass die ersten Äusserungen sozialstaatlichen Denkens ihrem Ursprung nach nicht "Massnahmen für bedrangte Volkskreise" waren, sondern Selbsterhaltungsmassnahmen des an sich selbst zugrunde gehenden Rechtsstaates, wie die Sozialversicherungsgesetzgebung Bismarcks zeige. Dieser in Fechners Ausführungen enthaltene Gedanke muss heute mehr denn je gelten und wir glauben

1. So Dürig JZ 1953 S. 193: "Das Gemeinwohl ist ein Eigenwert, der dann nicht verwirklicht ist, wenn ein Teil der Mitglieder der Gesellschaft ein bestimmtes Mass an Einzelwohl nicht besitzt oder nicht erlangen kann."

nicht zuviel zu behaupten, wenn wir sagen, dass der moderne Staat mit der Anerkennung und Realisierung des Sozialstaatsgedankens steht und fällt(1).

Diese Erkenntnisse sind aber für die hier zur Entscheidung stehende Frage höchst bedeutsam. Denn wenn die Realisierung des Sozialstaatsgedankens, wie wir gesehen haben, wesentlich im Interesse des Staates selbst als Auswirkung einer entsprechenden verfassungsrechtlichen Staatszielerklärung erfolgt, so ergibt sich daraus zwangsläufig die Schlussfolgerung, dass in all den Rechtsbereichen, die sich als Konkretisierung des Sozialstaatsgedankens erweisen, die Dispositionsbefugnis des einzelnen, eben wegen des entgegenstehenden staatlichen Interesses an der Realisierung einer bestimmten Sozialordnung, deren Auf- und Ausbau zu einem der Grundanliegen des Staates und der Gesellschaft gehört, ausgeschlossen sein muss. Unter den genannten Voraussetzungen ist es nicht denkbar, dass der einzelne über Bestandteile dieser Sozialordnung, als welche sich auch die Rechte auf bestimmte soziale Leistungen darstellen, mit der Wirkung ihres Unterganges verfügt. Man kann dem keinesfalls entgegenhalten, das staatliche Interesse an der Realisierung der Sozialordnung sei mit der Gewährung der Rechte auf bestimmte staatliche Leistungen, so auch des Rechtes auf Arbeitslosengeld, erschöpft(2). Diese Auffassung wäre nur dann richtig, wenn das soziale Prinzip tatsächlich in erster Linie oder überwiegend den Schutz des einzelnen bezwecken würde. Dann könnte man mit Recht behaupten, dass diesem Prinzip schon mit der Schaffung bestimmter Rechte auf soziale Leistungen genügt ist und es dem Staat im übrigen gleichgültig ist, ob diese Rechte auch in Anspruch genommen werden oder ob sie aufgegeben werden. Diese Auffassung kann aber dann nicht als zutreffend angesehen werden, wenn, wie wir gesehen haben, das soziale und das sozial-

1. Vgl. Fechner RdA 1955 S. 164. Ähnlich auch Richter, Sozialversicherungsrecht S. 2, der ausführt: "Mit Spannungen zwischen den verschiedenen Gruppen, Ständen, Klassen ist in jeder Gesellschaft zu rechnen; im kapitalistischen Maschinenzeitalter treten sie in der Arbeiterklasse besonders hervor. Den Ausgleich der Spannungen muss jede Gesellschaft und jeder Staat sich angelegen sein lassen, der nicht der Zersetzung preisgegeben sein will."
2. Dies betont Fischer, Verzicht S. 67.

staatliche Prinzip einem höheren Ziele, nämlich der Schaffung und Erhaltung einer intakten Gesellschaft und damit der Existenzsicherung des Staates dienen. Hier ist das staatliche Interesse mit der Gewährung bestimmter Rechte nicht erschöpft. Dies ergibt sich speziell für das subjektive öffentliche Recht auf Arbeitslosengeld u.E. eindeutig aus § 93 Abs. 1 AVAVG. Durch diese Vorschrift hat der Gesetzgeber das Recht gegen jede Einwirkungsmöglichkeit seitens des Berechtigten abgeschirmt und damit sein über die bloße Gewährung dieses Rechtes hinausgehendes Interesse an der effektiven Realisierung desselben zum Ausdruck gebracht. Der Arbeitslose soll das ihm zustehende Recht auf Arbeitslosengeld auch in Anspruch nehmen, er soll es zumindest in Anspruch nehmen können, wenn es erforderlich ist. Das aber wäre nicht möglich, wenn der Arbeitslose auf das subjektive öffentliche Recht auf Arbeitslosengeld, also auf die abstrakte Anspruchsmöglichkeit verzichten könnte.

Das staatliche Interesse an der effektiven Realisierung des genannten Rechtes kann allerdings nicht soweit reichen, dass der Arbeitslose auch zur Geltendmachung desselben gezwungen werden könnte. Eine solche Möglichkeit ist im Gesetz auch nicht vorgesehen. Dem Arbeitslosen selbst muss also die Entscheidung darüber zustehen, ob er den Anspruch geltend machen will oder nicht. Hier findet das staatliche Interesse an der Inanspruchnahme bestimmter Rechte durch den Berechtigten und damit an der effektiven Realisierung der Sozialordnung seine Grenze an dem Interesse des einzelnen daran, dass dieses Ziel nicht mit den Mitteln des Zwanges gegen seinen Willen erreicht wird. Insofern also wird das sozialstaatliche Prinzip durch das rechtsstaatliche Prinzip ergänzt und begrenzt.

Wenn wir also sagen, dass der Arbeitslose auf das subjektive öffentliche Recht auf Arbeitslosengeld nicht verzichten kann, also nicht mit der Folge seines Unterganges darüber verfügen kann, dass es ihm aber freigestellt sein muss, das Recht geltend zu machen oder dies nicht zu tun, so erreichen wir damit nicht nur einen Ausgleich des staatlichen Interesses an der Realisierung der zum Staatsziel erklärten Sozial-

ordnung und des Interesses des einzelnen Arbeitslosen daran, dass dies nicht mit den Mitteln des Zwanges geschieht, sondern wir entsprechen damit, von einer höheren Warte aus betrachtet, sowohl dem sozialstaatlichen als auch dem rechtsstaatlichen Prinzip, wie dies vom Grundgesetz durch sein Bekenntnis zum "sozialen Rechtsstaat" erstrebt wird(1).

Gegen die hier angenommene Unverzichtbarkeit des Rechtes auf Arbeitslosengeld spricht auch nicht die Tatsache, dass zur Entstehung dieses Rechtes neben weiteren Voraussetzungen auch der Antrag des Arbeitslosen erforderlich ist(2). Man kann nicht sagen, dadurch, dass dem Arbeitslosen die Möglichkeit eingeräumt sei, durch die Antragstellung das Recht zur Entstehung zu bringen oder durch die Unterlassung derselben die Entstehung des Rechtes zu verhindern, sei ihm eine so weitgehende Verfügungsbefugnis über das Recht eingeräumt, dass nicht eingesehen werden könne, warum nicht auch ein Verzicht auf dasselbe möglich sein solle. Durch den Verzicht nämlich würde das Recht untergehen und dem Arbeitslosen damit die Möglichkeit genommen werden, während der Dauer der Arbeitslosigkeit wieder auf dieses Recht zurückzugreifen. Dies aber

1. Sehr bedeutsam ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des BVerfGer., in der es folgende Auffassung vertritt, die auch für die Tragweite der Sozialstaatsklausel und die Folgerungen, die daraus für die Beurteilung konkreter Rechtsfragen zu ziehen sind, beachtlich ist: "Das Menschenbild des GG ist nicht das eines isolierten, souveränen Individuums; das GG hat vielmehr die Spannung Individuum-Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne aber deren Eigenwert anzutasten. Das ergibt sich insbesondere aus einer Gesamtsicht der Art. 1, 2, 12, 15, 19 und 21 GG. Dies heisst aber: Der einzelne muss sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht, vorausgesetzt, dass dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt." (vgl. BVerfGE 4, 15f). Im Ergebnis stimmen wir mit unserer Auffassung von der Unverzichtbarkeit des Rechtes auf Arbeitslosengeld als eines subjektiven öffentlichen Rechtes aus der Sozialversicherung überein mit Ernst S. 76; Fleiner S. 179 Anm. 45; Leippert S. 96ff.; Meyer-Anschütz I S. 40 Anm. a; Peters S. 150; v. Turegg S. 146 f.
2. Vgl. § 74 Abs. 1 AVAVG.

ist, wie wir gesehen haben, mit den gesetzgeberischen Absichten, die zur Gewährung eines solchen Rechtes geführt haben, nicht zu vereinbaren. Die zeitweilige Unterlassung der Antragstellung würde den Arbeitslosen nicht daran hindern, im Bedarfsfalle den Antrag zu stellen, das Recht damit zur Entstehung zu bringen und es auch geltend zu machen. Dass zur Entstehung des Rechtes ein materiellrechtlicher Antrag des Arbeitslosen erforderlich ist, muss als eine Konsequenz der Tatsache angesehen werden, dass der Arbeitslose zur Geltendmachung des Anspruches nicht verpflichtet ist. Hat er aber nicht die Absicht, den Anspruch auf Arbeitslosengeld geltend zu machen, so ist auch seine Existenz zunächst zwecklos.

Der Arbeitslose hat also nur die Möglichkeit, die Antragstellung zu unterlassen und damit die Entstehung des Rechtes zu verhindern, er kann den Antrag stellen und dann das entstandene Recht geltend machen oder die Geltendmachung unterlassen, er kann aber nicht über das entstandene Recht mit der Wirkung seines Unterganges verfügen. Dies lässt sich u. E. eindeutig der Bestimmung des § 93 Abs. 1 AVAVG entnehmen, denn durch diese ist dem Arbeitslosen weitgehend die Verfügungsbefugnis über das entstandene Recht entzogen, obwohl er ja andererseits die Möglichkeit hat, die Entstehung des Rechtes zu verhindern. Diese Bestimmung zeigt also, dass die dem Arbeitslosen eingeräumte Möglichkeit, die Entstehung des Rechtes auf Arbeitslosengeld zu verhindern und die Verfügungsbefugnis über das entstandene Recht zwei nicht vergleichbare Grössen sind.

IV. Gründe der Unwirksamkeit des Verzichtes auf das subjektive öffentliche Recht auf Arbeitslosenhilfe.

Ebenso wie das Recht auf Arbeitslosengeld muss auch das Recht auf Arbeitslosenhilfe unverzichtbar sein. Es ergeben sich für diese Auffassung keine wesentlich neuen Gesichtspunkte, vielmehr sind hierfür die soeben für die Unverzichtbarkeit des Arbeitslosengeldes herausgestellten Gründe massgebend. Es kann daher auch weitgehend auf die vorstehenden

Ausführungen Bezug genommen werden.

Auch für die Unverzichtbarkeit des Rechtes auf Arbeitslosenhilfe spricht u.E.entscheidend der sozialstaatliche Gedanke.Wie das Rechtsinstitut der Arbeitslosenversicherung,ist auch das der Arbeitslosenhilfe eine Konkretisierung des Sozialstaatsgedankens und gehört als solches ebenfalls in den Bereich der Sozialstaatsproblematik hinein.Auch hier kann wegen dieses Zusammenhanges die Bedeutung des Sozialstaatsgedankens bei der Frage nach der Möglichkeit eines Verzichtes auf das Recht auf Arbeitslosenhilfe nicht ausser acht gelassen werden.Wenn wir sagten,dass das subjektive öffentliche Recht auf Arbeitslosengeld nicht verzichtbar sein kann, da es,abgesehen davon,dass es der Existenzsicherung des Berechtigten zugute kommen soll,dem höheren Ziele der Stabilisierung der gesellschaftlichen Verhältnisse und damit der Bestandssicherung des Staates dienen soll,so muss dasselbe auch für den Anspruch auf Arbeitslosenhilfe gelten.Auch bei diesem ist das staatliche Interesse mit der Gewährung des Anspruches nicht erschöpft,auch hier hat der Staat bzw. die Allgemeinheit ein Interesse an der effektiven Realisierung des Anspruches,daran also,dass der Berechtigte dieses Recht auch in Anspruch nimmt.Auch hier ergibt sich das über die blosse Gewährung hinausgehende Interesse an der effektiven Realisierung aus § 93 Abs.1 AVAVG(1),durch welchen dem Berechtigten weitgehend die Verfügungsbefugnis über den genannten Anspruch entzogen ist.Die Unverzichtbarkeit des Rechtes auf Arbeitslosenhilfe muss aber umso eher angenommen werden,als dieses Recht nur zur Entstehung gelangt,wenn der Arbeitslose bedürftig ist.Die Leistungen der Arbeitslosenhilfe,als einer Sonderform der öffentlichen Fürsorge für arbeitsfähige Arbeitslose,sollen das Existenzminimum des Arbeitslosen sicherstellen.Indem der Anspruch auf Arbeitslosenhilfe nur bei Bedürftigkeit gewährt wird,ist auch das Interesse der Allgemeinheit an der Realisierung dieses Rechtes noch unmittelbarer als bei dem Recht auf Arbeitslosengeld.

1. Diese Bestimmung gilt auch für die Arbeitslosenhilfe
vgl.§ 144 Abs.1 S.2 AVAVG.

Durch einen Verzicht auf Arbeitslosenhilfe wurde die Gewährleistung des Existenzminimums in Frage gestellt und damit dem öffentlichen Interesse an der Sicherung des einzelnen und damit mittelbar an der Sicherung der Allgemeinheit zuwidergehandelt werden. Aus diesem Grunde muss der Anspruch auf Arbeitslosenhilfe, wie auch der auf Arbeitslosengeld unverzichtbar sein(1).

V. Gründe der Unverzichtbarkeit der aus den subjektiven öffentlichen Rechten auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe fließenden Einzelbefugnisse.

Nachdem wir in Vorstehendem die Verzichtbarkeit sowohl des subjektiven öffentlichen Rechtes auf Arbeitslosengeld als auch des subjektiven öffentlichen Rechtes auf Arbeitslosenhilfe verneint haben, müssen wir uns der weiteren Frage zuwenden, ob die aus den genannten Rechten fließenden Einzelbefugnisse verzichtbar sind oder nicht.

Die Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen subjektivem Recht und Einzelbefugnis haben wir in einem besonderen Abschnitt dargetan(2). Wir haben auch herausgestellt, was speziell im Zusammenhang mit den Rechten auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe unter der Einzelbefugnis zu verstehen ist(3).

Der Überblick über den Stand der Meinungen hinsichtlich des Verzichtes auf subjektive öffentliche Rechte und den daraus fließenden Einzelbefugnissen hat gezeigt, dass auch in Bezug auf die Verzichtbarkeit der Einzelbefugnis eine einheitliche Meinung nicht besteht. Mit zum Teil erheblich

1. Ebenso Kreil in AV 1936 S. 121, allerdings hinsichtlich des Verzichtes auf Leistungen aus der öffentlichen Fürsorge. Von einem eigentlichen Verzicht auf Fürsorgeleistungen konnte allerdings früher nicht gesprochen werden, da ein Rechtsanspruch nicht anerkannt wurde. Inwieweit heute, da ein Rechtsanspruch auf Fürsorge bejaht wird, ein Verzicht möglich ist, wurde noch nirgends erörtert. Das gleiche gilt bzgl. des Verzichtes auf Arbeitslosenhilfe.
2. Vgl. die Ausführungen S. 99ff.
3. Vgl. die Ausführungen S. 107ff.

abweichenden Begründungen, oder auch ohne jede Begründung überhaupt(1), wird die Verzichtbarkeit der Einzelbefugnis entweder bejaht(2) oder verneint(3). Speziell mit der Verzichtbarkeit der Einzelbefugnis im Bereich der Sozialversicherung beschäftigen sich Ernst und Leippert, gelangen jedoch zu völlig entgegengesetzten Ergebnissen(4).

Wie Ernst und Schoenborn(5) glauben auch wir die Unverzichtbarkeit der Einzelbefugnis in den Fällen annehmen zu müssen, in denen das subjektive öffentliche Recht selbst unverzichtbar ist. Allerdings können wir Schoenborn in der Begründung nicht folgen. Er gelangt nämlich zu der Unverzichtbarkeit der aktuellen Ansprüche (Einzelbefugnis) im wesentlichen aus den gleichen Gründen, aus denen er auch die Unverzichtbarkeit des subjektiven öffentlichen Rechtes bejaht. Auch hier stützt er sich auf die Jellineksche Theorie über das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts und sagt, dass auch im aktuellen Anspruch ein Stück rechtlichen Könnens stecke, weswegen die Aufgabe eines solchen Anspruches wieder ein besonderes rechtliches Können voraussetze(6). Wie wir jedoch diese Theorie Jellineks allgemein, und bei der Erörterung der Verzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte als zur Beantwortung dieser Frage ungeeignet ablehnen mussten(7), so müssen wir dies auch hier tun.

Die Gründe für die Unverzichtbarkeit der aus den subjektiven öffentlichen Rechten auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe fließenden Einzelbefugnisse sind vielmehr folgende:

Die Einzelbefugnis ist, wie wir gesehen haben, nur Funktion des subjektiven Rechtes. Sie gewährt dem Berechtigten keine weitergehende Rechtsmacht, die er nicht schon durch das Recht

1. So Ernst S.76; G. Jellinek, System S.342.

2. So G. Jellinek aaO; Leippert S.90 und 101; Maunz, Bayer. GemZ. 1927 Sp.241ff.

3. So Ernst S.76; Schoenborn S.72.

4. Ernst verneint die Verzichtbarkeit während Leippert sie bejaht.

5. Vgl. Anm.3.

6. Vgl. die Ausführungen S.114.

7. Vgl. die Ausführungen S.95ff und S.124f.

selbst besässe. Als Funktion desselben ist die Einzelbefugnis nur ein Stück subjektives Recht. Als solches muss aber auch die Einzelbefugnis grundsätzlich das rechtliche Schicksal des Rechtes selbst teilen. Ist daher das subjektive öffentliche Recht unverzichtbar, so muss es auch die daraus fließende Einzelbefugnis sein, es sei denn, dass gesetzlich etwas Abweichendes bestimmt ist. Ist dagegen das subjektive öffentliche Recht verzichtbar, dann muss es auch die Einzelbefugnis sein. Für die einzelnen konkreten Leistungsansprüche auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe folgt daraus notwendig, dass sie unverzichtbar sein müssen. Dies umso mehr, als durch die Möglichkeit eines Verzichts auf die einzelnen Leistungsansprüche praktisch die Unverzichtbarkeit der subjektiven Rechte auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe illusorisch gemacht werden könnte.

Eine gewisse Bestätigung findet unsere Ansicht von der Unverzichtbarkeit der Einzelbefugnis, d.h. der konkreten Leistungsansprüche auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe auch in § 93 Abs. 1 AVAVG. Durch diese Bestimmung wird nicht nur die Abtretung und Verpfändung des subjektiven Rechtes auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe an sich unmöglich gemacht, vielmehr unterliegt auch die daraus erwachsende Einzelbefugnis denselben Verfügungsbeschränkungen, denn es heisst in dieser Bestimmung ausdrücklich, dass "Leistungen", also die einzelnen konkreten Zahlungen nach dem AVAVG nicht abtretbar und nicht verpfändbar sind. Ist aber schon die Abtretung und die Verpfändung ausgeschlossen, so muss dies erst recht hinsichtlich des Verzichts als einer weitergehenden Verfügung gelten (1). Diese Annahme ist umso eher gerechtfertigt, als es sich bei der Arbeitslosenversicherung und bei der Arbeitslosenhilfe, wie wir erkannt haben, um Bereiche handelt, die als Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips an-

1. Der Verzicht ist insofern eine weitergehende Verfügung, als durch ihn das Recht zum Erlöschen gebracht wird und damit dem Berechtigten überhaupt nicht zugute kommt. Bei der Abtretung oder Verpfändung hingegen wird das Recht durchaus verwertet.

zusehen sind, innerhalb welcher die Dispositionsbefugnis des einzelnen grundsätzlich ausgeschlossen sein muss(1), was nicht nur für die subjektiven Rechte auf bestimmte Leistungen, sondern auch für die daraus fliessenden Einzelbefugnisse gelten muss. Auch hinsichtlich dieser steht also dem Berechtigten nur die Möglichkeit zu, sie geltend zu machen oder die Geltendmachung zu unterlassen, er kann aber nicht über sie verfügen.

Man kann dem auch nicht, wie Leippert es tut(2), entgegenhalten, die Verzichtsmöglichkeit auf die konkreten Leistungsansprüche ergebe sich daraus, dass die Geltendmachung derselben häufig dem Berechtigten überlassen sei. Dies sei etwa dann der Fall, wenn das Gesetz den Anspruch auf einzelne Leistungen nach Ablauf einer gewissen Frist als verwirkt erkläre, oder ihn wenigstens einer Verjährungsfrist unterwerfe. Es sei nicht einzusehen, warum in solchen Fällen nicht auch die Möglichkeit bestehen solle, den Leistungsanspruch verzichtshalber aufzugeben. Leippert übersieht nämlich, dass es sich in den vom ihm genannten Fällen der Verwirkung und Verjährung um Folgen handelt, die infolge Zeitablaufs etc. kraft Gesetzes eintreten, nicht aber durch eine darauf gerichtete Willenserklärung(3). Aber auch aus § 93 Abs. 1 AVAVG ergibt sich die Unrichtigkeit der von Leippert vertretenen Auffassung. Wollte man aus der Tatsache, dass der Berechtigte die Möglichkeit hat, einen Anspruch nicht geltend zu machen und dadurch seinen Untergang oder zumindest seine Verjährung herbeizuführen, den Schluss ziehen, dass dem Berechtigten dadurch eine gewisse Verfügungsbefugnis über den konkreten Leistungsanspruch eingeräumt ist, und er dementsprechend auf denselben verzichten kann, dann wäre nicht einzusehen, warum zwar ein Verzicht, nicht aber eine Abtretung oder Verpfändung möglich sein sollte. Gerade weil die Abtretung und die Verpfändung ausgeschlossen sind, muss erst recht der Verzicht ausgeschlossen sein. Durch § 93 Abs. 1 AVAVG wird also die Auffassung Leipperts eindeutig widerlegt.

1. Vgl. die Ausführungen S. 137ff.

2. Vgl. die Ausführungen S. 114f.

3. Ebenso Schoenborn S. 72.

VI. Ergebnis der Arbeit.

Zusammenfassend können wir folgendes als Ergebnis unserer Untersuchungen festhalten:

Ein Verzicht auf die Ansprüche auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe, im Sinne einer rechtsgeschäftlichen Aufgabe derselben mit der Folge ihres Erlöschens, ist rechtsunwirksam. Lässt sich diese Feststellung hinsichtlich des einen Bestandteiles dieser Ansprüche, nämlich der Familienzuschläge, schon aus deren besonderen rechtlichen Ausgestaltung und aus den gesetzlichen Bestimmungen, die hinsichtlich derselben bestehen, treffen, so ist die Unverzichtbarkeit der anderen Bestandteile dieser Ansprüche, nämlich der Hauptbeträge, eine Auswirkung des sozialstaatlichen Prinzips, das sich in seiner unmittelbaren Wirkung als ein Schutzprinzip zugunsten wirtschaftlich und gesellschaftlich schwacher Bevölkerungskreise darstellt, das aber seinem Ursprung nach und soweit es gesetzlichen, insbesondere verfassungsrechtlichen Niederschlag gefunden hat, auch der gesetzgeberischen Intention nach darüber hinaus geht, indem es die Schaffung bzw. Aufrechterhaltung intakter gesellschaftlicher Verhältnisse gewährleisten soll. Dieses höhere Ziel, dem das sozialstaatliche Prinzip letztlich dienen soll, schliesst eine Verfügungsbefugnis, insbesondere Verzichtsbefugnis, über die genannten Rechte auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe, die sich als Konkretisierung des sozialstaatlichen Gedankens darstellen, aus. Unverzichtbar sind nicht nur die subjektiven öffentlichen Rechte auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe, sondern auch die daraus fließenden Einzelbefugnisse. Dem Berechtigten ist es nur freigestellt, die Geltendmachung dieser Rechte im Einzelfall zu unterlassen.

VII. Die praktischen Folgen.

Abschliessend seien noch die Auswirkungen angedeutet, die aus dem in der Arbeit gefundenen Ergebnis resultieren.

Den Ausgangspunkt für das Problem der Verzichtbarkeit der Ansprüche auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe

bildete der § 101 SGG, der vom Vergleich im sozialgerichtlichen Verfahren handelt(1). Die ganz konkrete Frage, die Anlass zu Zweifeln bietet, lautet: "Kann die Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung mit einem Arbeitslosen wirksam einen Vergleich abschliessen, innerhalb dessen der Arbeitslose auf seinen Anspruch auf Arbeitslosengeld bzw. Arbeitslosenhilfe - wenn auch nur teilweise - verzichtet, da doch ein Vergleich nur insoweit für zulässig erklärt wird, als die Beteiligten über den Gegenstand der Klage verfügen können?" Die Beantwortung der Frage scheint also davon abzuhängen, ob der Arbeitslose wirksam auf die genannten Unterstützungsansprüche verzichten kann und da wir die Verzichtbarkeit dieser Ansprüche verneint haben, scheint auch die Zulässigkeit eines derartigen Vergleichs ausgeschlossen. In der Tat ist ein solcher Schluss im Schrifttum teilweise auch gezogen worden(2). Dies ist jedoch u.E. nicht zutreffend, denn eine so eindeutige Schlussfolgerung ergibt sich aus der Unverzichtbarkeit der Unterstützungsansprüche in Bezug auf den Vergleich nach § 101 SGG nicht ohne weiteres. Sie lässt sich insbesondere nicht aus dem Wortlaut des § 101 SGG ableiten, denn wenn diese Bestimmung Vergleiche nur insoweit für zulässig erklärt, als den Beteiligten die Verfügungsbefugnis über den Gegenstand der Klage zusteht, so ist damit für den Prozessvergleich im Sozialgerichtsverfahren nichts anderes ausgesprochen, als für den Prozessvergleich allgemein gilt(3). Man wird also das Problem, ob der Arbeitslose im Rahmen eines Vergleichs nach § 101 SGG auf

-
1. Vgl. § 101 SGG: "Um den geltend gemachten Anspruch vollständig oder zum Teil zu erledigen, können die Beteiligten zur Niederschrift des Gerichts oder des Vorsitzenden oder des beauftragten oder ersuchten Richters einen Vergleich schliessen, soweit sie über den Gegenstand der Klage verfügen können."
 2. So Thannheiser-Wende-Zech II, Anm. zu § 101 SGG S. 165: "Da auf den Versorgungsanspruch schlechthin nicht verzichtet werden kann, ist auch über ihn als Gegenstand der Klage eine Verfügung durch Vergleich nicht möglich." Ebenso Wolf in KOV 1955 S. 149.
 3. Vgl. für den Prozessvergleich im Zivilprozess Stein-Jonas-Schönke II, Anm. II 1 zu § 794.

seine Unterstützungsansprüche verzichten kann, auf Grund allgemeiner Überlegungen lösen müssen.

Hierbei ist davon auszugehen, dass die Rechtsnatur des Prozessvergleiches eine doppelte ist, dass er nämlich sowohl Prozesshandlung als auch materielles Rechtsgeschäft ist(1). Dies bedeutet, dass der Prozessvergleich, um seine spezifischen Wirkungen entfalten zu können, sowohl als Prozesshandlung als auch als materielles Rechtsgeschäft wirksam sein muss(2). Lässt man die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Prozessvergleich als Prozesshandlung wirksam ist, als hier nicht interessierend ausser Betracht, so bleibt nur noch zu prüfen, ob der Prozessvergleich als materielles Rechtsgeschäft, also als Rechtsgeschäft nach § 779 BGB wirksam ist, wenn der Arbeitslose im Rahmen des Vergleiches auf Unterstützungsansprüche verzichtet.

Es ist allgemein anerkannt, dass ein streitiges Rechtsverhältnis dann nicht zum Gegenstand eines Vergleiches nach § 779 BGB gemacht werden kann, wenn es nicht der Verfügungsbefugnis der Parteien unterliegt. Es ist daher z.B. ein Vergleich über den gesetzlichen Unterhaltsanspruch der Verwandten für die Zukunft grundsätzlich ausgeschlossen, da auf diesen Anspruch

-
1. So jedenfalls die h.M. im Schrifttum und die ständige Rechtsprechung, vgl. Stein-Jonas-Schönke I, Vorbem. VI vor § 128; RG in JW 37, 2228; BGHZ 16, 390.
Speziell für den Prozessvergleich nach dem SGG vertreten die Auffassung von der Doppelnatur Hastler, Anm. 2 zu § 101 S. 245; BSG in seiner Entsch. v. 27.6.1958 in Entsch. BSG Bd. 7 S. 229.
Abweichend hiervon wird der Prozessvergleich z.T. als reine Prozesshandlung angesehen - so Baumbach-Lauterbach, Anh. 2 nach § 307 -, z.T. als privatrechtlicher Vertrag mit privatrechtlichen und prozessualen Folgen - so Rosenberg, § 128 III 1 S. 606 -. Vgl. die ausführliche Literaturübersicht zu dieser Streitfrage bei Baumgärtel § 25 I, insbes. Fussn. 47 ff S. 192 f.
Eine eigene Stellungnahme zu diesem Problem kann unterbleiben. In diesem Zusammenhang ist nur entscheidend, dass die Rechtsprechung übereinstimmend von der Doppelnatur des Prozessvergleiches ausgeht. Deswegen ist es geboten, bei der Untersuchung der Zulässigkeit des Vergleichsverzichtes in der Praxis den Standpunkt der Rechtsprechung zugrunde zu legen.
 2. Vgl. Enneccerus-Lehmann, § 198 I 1 S. 784; Hastler, Anm. 5 zu § 101 S. 254 und Anm. 13 zu § 101 S. 247; Stein-Jonas-Schönke II Anm. II zu § 794.

gemäss § 1614 Abs.1 BGB nicht verzichtet werden kann(1). Entsprechendes muss auch für die Ansprüche auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe gelten, da auch diese nicht verzichtbar sind.

Von dem Grundsatz, dass nämlich ein Vergleich unwirksam ist, wenn darin auf Rechte verzichtet wird, die das Gesetz für unverzichtbar erklärt, muss, wie Schnorr v. Carolsfeld zutreffend ausführt(2), unter gewissen Voraussetzungen eine Ausnahme gemacht werden. Danach ist im Zweifel trotz Verzichtsverbotes für die Zulässigkeit von Vergleichen zu entscheiden, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich zu der Frage Stellung nimmt. "Der Gesichtspunkt, dass der Abschluss eines günstigen Vergleiches zu den Obliegenheiten eines guten Vermögensverwalters gehört, scheint doch wohl vor der starren Folgerung: im Vergleich ist ein Verzicht enthalten, Verzichte sind verboten, also sind auch Vergleiche verboten, den Vorzug zu verdienen."(3). Dieser Gesichtspunkt kann allerdings nur dann zur Geltung kommen, wenn es sich tatsächlich auch um einen Vergleich handelt und nicht nur um einen in Form eines Vergleiches gekleideten reinen Verzicht(4).

Kann also unter diesen Voraussetzungen auf die Ansprüche auf Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe vergleichsweise nach § 779 BGB verzichtet werden, so ist in diesen Grenzen und bei Vorliegen der sonstigen Wirksamkeitserfordernisse auch ein Prozessvergleich nach § 101 SGG wirksam. Die Unverzichtbarkeit der genannten Ansprüche steht insoweit nicht entgegen(5).

-
1. Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 198 I 1 S. 784; Schnorr v. Carolsfeld, Vergleich S. 14; Soergel-Erdsiek, Anm. 2 zu § 779 S. 477; Staudinger-Kober II 3, Anm. IV zu § 779 S. 1535.
 2. Vgl. Schnorr v. Carolsfeld, Vergleich S. 14f.
 3. Vgl. Schnorr v. Carolsfeld aaO.
 4. Vgl. Schnorr v. Carolsfeld aaO.
 5. Im Ergebnis ebenso Schwankhart in SV 1956 S. 96.

L E B E N S L A U F.

Ich wurde am 20. Januar 1930 als Sohn des Drogisten Josef Glass in Radautz/Rumänien geboren. In Bukarest besuchte ich die deutsche Volksschule und die erste Klasse des dortigen deutschen Gymnasiums. Im Zuge der Umsiedlungsaktion der Volksdeutschen kam ich 1941 nach Deutschland und legte 1950 am Gymnasium in Tauberbischofsheim/Baden die Reifeprüfung ab. Im Anschluss daran studierte ich an den Universitäten Würzburg und Erlangen Rechts- und Staatswissenschaften und bestand im Herbst 1955 das Referendarexamen. Gegenwärtig befinde ich mich im Vorbereitungsdienst für Rechtsreferendare.





